

FLORIAN SLOGSNAT

Rechtfertigender Notstand  
im demokratischen  
Rechtsstaat

*Grundfragen des  
Straf- und Sicherheitsrechts*

3

---

**Mohr Siebeck**

# Grundfragen des Straf- und Sicherheitsrechts

Herausgegeben von  
Tatjana Hörnle und Ralf Poscher

3





Florian Slogsnat

# Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat

Der Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB

Mohr Siebeck

*Florian Slogsnat*, geboren 1996; von 2015 bis 2020 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz; studentische Hilfskraft am dortigen Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Hans Christian Röhl); 2020 Erste Juristische Prüfung; von 2020 bis 2023 Doktorand in der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg im Breisgau unter der Leitung von Prof. Dr. Tatjana Hörnle, M.A. (Rutgers); seit 2023 juristischer Vorbereitungsdienst in Tübingen.

Die Open-Access-Finanzierung wurde durch die Max-Planck-Gesellschaft ermöglicht.

ISBN 978-3-16-164150-3 / eISBN 978-3-16-164151-0

DOI 10.1628/978-3-16-164151-0

ISSN 2942-6200 / eISSN 2942-6219 (Grundfragen des Straf- und Sicherheitsrechts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

© Florian Slogsnat

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp und Göbel aus der Minion gesetzt.

Printed in Germany.

## Vorwort

Diese Arbeit entstand zwischen Oktober 2020 und September 2023 unter der Betreuung von *Prof. Dr. Tatjana Hörnle, M.A. (Rutgers)* in der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Freiburg im Breisgau. Sie lag der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im September 2023 als Dissertation vor. Die Disputation fand am 10. Juli 2024 statt. Rechtsprechung und wichtige Neuerscheinungen in der Literatur, die nach der Abgabe im September 2023 veröffentlicht wurden, habe ich – so gut es während des Referendariats ging – bis Juni 2024 berücksichtigt. Die parallel entstandene Arbeit von *Dr. Mara Sieren-Tietmeyer* mit dem Titel „Rechtfertigender Notstand und staatliche Verfahren. Zur Reichweite des Vorrangs staatlicher Verfahren unter besonderer Berücksichtigung von Notstandshandlungen zugunsten des Umwelt-, Klima- und Tierschutzes“, die in der Schriftenreihe „Studien und Beiträge zum Strafrecht“ erscheint, konnte nicht mehr einbezogen werden.

Als ich mich im Oktober 2020 am MPI auf die Suche nach einem Promotions-thema machte und sich nach der Lektüre eines Urteils des OLG Naumburg der Gegenstand dieser Arbeit herauskristallisierte, hätte ich nicht erwartet, dass dieses Thema aufgrund aufsehenerregender Protestaktionen von Klimaaktivisten derart an Aktualität gewinnen würde. Nichtsdestotrotz habe ich den ursprünglichen Zuschnitt der Arbeit beibehalten und behandle weiterhin ein *allgemeines* Problem des rechtfertigenden Notstands. Der Klimaaktivismus ist dabei nur ein Beispiel unter vielen.

Wenngleich diese Arbeit wie jede andere beansprucht, eine eigenständige Leistung des *Verfassers* zu sein, wäre sie – erneut: wie jede andere – ohne die Förderung und Unterstützung von vielen Seiten nicht möglich gewesen. Danken möchte ich zuerst meiner Doktor Mutter, Frau *Hörnle*, für die Betreuung der Arbeit und die mir gewährte wissenschaftliche Freiheit. Auch wenn sie manche der Thesen, die ich auf den nachfolgenden Seiten vertrete, nicht teilt (insbesondere die Aussagen zum staatlichen Gewaltmonopol), hat Frau *Hörnle* meine Gedanken immer wohlwollend aufgenommen und mich in meinem Tun bestärkt. Ihre aufgeschlossene und warmherzige Art und die inspirierende und zugleich lockere Atmosphäre, die in der strafrechtlichen Abteilung des MPI herrscht, suchen in der wissenschaftlichen Welt ihresgleichen. Dank gebührt auch *Prof. Dr. Luís Greco, LL.M.* für die Erstellung des Zweitgutachtens und dafür, dass ich im Dezember 2022 eine vorläufige Fassung meiner Thesen in seinem „Rechtsphilosophischen Donnerstagsseminar“ an der HU Berlin zur Diskus-

sion stellen durfte. Außerdem gilt mein Dank *Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Heger* für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Aus dem wissenschaftlichen Bereich des MPI danke ich besonders *Claudia Wittl, M.Litt, Morten Boe, LL.M., Svenja Schwartz, LL.M., Dr. Valerij Zisman* und *Dr. Ivó Coca-Vila, LL.M.* für den regen fachlichen und persönlichen Austausch. Weiterhin gebührt den nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts Dank, die mich nicht nur in Sachen Literatur und technischer Infrastruktur (und Verpflegung) unterstützten, sondern immer auch eine wichtige soziale Rolle für mich spielten. Allen voran danke ich *Holger Kösel* für viele lustige Stunden in der Bibliothek. Auch *Martina Hog* und *Gaby Lang* möchte ich danken. Hervorheben muss ich auch die Ausstattung der Bibliothek des Instituts, die keine Wünsche offenlässt.

Außerhalb des MPI will ich mich herzlich bei *Rhea Dittmann* bedanken. Ohne die Gespräche über unsere Doktorarbeiten und das Leben wären (auch) die drei Jahre Promotionszeit nicht so verlaufen, wie sie es sind.

Zu guter Letzt danke ich von ganzem Herzen meiner Familie, besonders meinen Eltern, *Dagmar* und *Rolf*, sowie meiner Schwester, *Tina Slogsnat*. Sie haben mir, wo immer es ging, unter die Arme gegriffen und – als „juristische Laien“ – sogar die ganze Arbeit Korrektur gelesen. Vielen Dank für alles!

Tübingen, im Oktober 2024

Florian Slogsnat

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
A. Einleitung . . . . .	1
I. Problemstellung . . . . .	1
II. Zielsetzung und Vorgehensweise . . . . .	3
III. Untersuchungsgegenstand: private Notstandshandlungen und staatliche Verfahren . . . . .	5
IV. Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat . . . . .	6
B. Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	9
I. Einleitung . . . . .	9
II. Rechtsprechungsübersicht . . . . .	9
III. Meinungsstand in der Literatur . . . . .	54
IV. Forschungsbedarf . . . . .	89
C. Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands . . . . .	93
I. Einleitung . . . . .	93
II. Theorie des rechtfertigenden Aggressivnotstandes . . . . .	93
III. Die Kontroverse um den rechtfertigenden Defensivnotstand . . . . .	157
IV. Dogmatik des rechtfertigenden Notstandes . . . . .	160
V. Zusammenfassung und Übergang . . . . .	205
D. Gründe für einen Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	207
I. Einleitung . . . . .	207
II. Der Vorrang staatlicher Tätigkeit . . . . .	212
III. Der Vorrang des Verfahrens . . . . .	299
IV. Ergebnisse . . . . .	358

E. Reichweite des Vorrangs staatlicher Verfahren . . . . .	367
I. Einleitung . . . . .	367
II. Effektivität und Eingriffsintensität . . . . .	367
III. Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel . . . . .	368
IV. Vorrang grundrechtsschützender Verfahren . . . . .	428
F. Ergebnisse . . . . .	473
I. Allgemeine Reflexionen . . . . .	473
II. Der Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB . . . . .	474
III. Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat . . . . .	482
Literatur . . . . .	485
Sachregister . . . . .	517
Personenregister . . . . .	521

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
A. Einleitung . . . . .	1
I. Problemstellung . . . . .	1
II. Zielsetzung und Vorgehensweise . . . . .	3
III. Untersuchungsgegenstand: private Notstandshandlungen und staatliche Verfahren . . . . .	5
IV. Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat . . . . .	6
B. Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	9
I. Einleitung . . . . .	9
II. Rechtsprechungsübersicht . . . . .	9
1. Auswahl der Fälle und Einteilung in Fallgruppen . . . . .	9
2. Schutz eines Individualrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts . . . . .	10
a) „Notwehrrähnliche Lage“ . . . . .	10
aa) „Spanner“-Fall . . . . .	10
bb) Krieg gegen Rechtsradikale . . . . .	12
cc) Zwischenbemerkungen . . . . .	15
b) „Familienpflege“ . . . . .	15
c) Kollision von Vermögenswerten . . . . .	17
aa) Konzertreise-Fall . . . . .	17
bb) Mandantengelder-Fall . . . . .	18
cc) Literatur zur Kollision von Vermögenswerten . . . . .	18
dd) Zwischenbemerkungen . . . . .	20
d) Wohnungsnot, Bergnot und Überschwemmung . . . . .	21
aa) Hausbesetzer-Fälle . . . . .	21
bb) Bergsteiger-Fall . . . . .	23
cc) Überschwemmungs-Fall . . . . .	23
dd) Zwischenbemerkungen . . . . .	24

3. Schutz eines Kollektivrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts . . . . .	25
a) Tierschutz . . . . .	25
aa) Tierschützer-Fall I . . . . .	25
bb) Tierschützer-Fall II . . . . .	29
cc) Zwischenbemerkungen . . . . .	30
b) Gentechnik . . . . .	30
aa) Feldbefreier-Fall I . . . . .	30
bb) Feldbefreier-Fall II . . . . .	32
cc) Zwischenbemerkungen . . . . .	33
c) Rauschgiftkriminalität . . . . .	33
d) Zündschlüssel-Fälle . . . . .	36
4. Schutz eines Individualrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts . . . . .	37
a) Betäubungsmittel zur Eigentherapie . . . . .	37
b) Ökonomie und Ökologie . . . . .	40
aa) Beispiele aus der Praxis . . . . .	41
bb) Literatur . . . . .	43
cc) Zwischenbemerkungen, insbesondere zur strafrechtlichen Behandlung der materiellen Genehmigungsfähigkeit . . . . .	44
c) Aufenthaltsdelikte und Kriegsdienstverweigerer . . . . .	47
aa) Aufenthalts- und Asylrecht . . . . .	47
bb) Kriegsdienstverweigerer . . . . .	50
cc) Zwischenbemerkungen . . . . .	50
5. Schutz eines Kollektivrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts . . . . .	51
6. Erkenntnisse . . . . .	53
III. Meinungsstand in der Literatur . . . . .	54
1. Einleitung . . . . .	54
2. Staatliche Verfahren als effektivere oder mildere Mittel . . . . .	55
a) Einleitung . . . . .	55
b) Präsenze oder rechtzeitig erreichbare staatliche Hilfe . . . . .	56
c) Erforderlichkeit oder Subsidiarität . . . . .	56
d) Zwischenbemerkungen . . . . .	59
3. Vorwegentscheidungen des Gesetzgebers . . . . .	59
a) Abschließende Spezialregelungen und atypische Fälle . . . . .	59
aa) Vorrangige Entscheidungen des Gesetzgebers . . . . .	59
bb) Unklarheiten im Detail . . . . .	61
cc) Zwischenbemerkung . . . . .	63
b) Anwendungsfälle . . . . .	63
aa) Ziviler Ungehorsam und Klimaaktivisten . . . . .	63
(1) Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams? . . . . .	64

(2) Beispiel Klimaproteste . . . . .	66
bb) Private Umverteilungsmaßnahmen . . . . .	70
4. Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren im engeren Sinne . . . . .	71
a) Sperrwirkung in Abhängigkeit vom Verfahrensstadium . . . . .	71
aa) Einleitung . . . . .	71
bb) Vor der Einleitung des Verfahrens . . . . .	72
cc) Laufendes Verfahren . . . . .	74
dd) Ergebnis des Verfahrens . . . . .	74
ee) Abwägung zwischen Rechtsgütern und Wert des Verfahrens . . . . .	76
ff) Zwischenbemerkungen . . . . .	77
b) Anwendungsfälle . . . . .	77
aa) Rechtfertigender Notstand und Schwangerschaftsabbruch . . . . .	77
bb) Staatsnotstandshilfe . . . . .	80
cc) Verteidigung einer materiellen Rechtsposition gegen formell ordnungsgemäße Eingriffe im Rahmen gerichtlicher Verfahren . . . . .	82
(1) Einführung . . . . .	82
(2) Beweismangel und falsche Beweise vor Gericht . . . . .	83
(3) Verteidigung gegen die Vollstreckung eines Fehlurteils . . . . .	86
(4) Zwischenbemerkungen . . . . .	88
5. Zusammenfassung . . . . .	89
IV. Forschungsbedarf . . . . .	89
1. Ein Erklärungsversuch: das Notwehr-Problem der Notstandsdogmatik . . . . .	89
2. Ein Lösungsansatz . . . . .	91
C. Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands . . . . .	93
I. Einleitung . . . . .	93
II. Theorie des rechtfertigenden Aggressivnotstandes . . . . .	93
1. Einleitung . . . . .	93
2. Die Binnenperspektive: zur philosophischen Legitimation des § 34 StGB . . . . .	94
a) Ausgangspunkt bei Kant und Hegel . . . . .	94
aa) Immanuel Kant und das Notrecht als Unding . . . . .	94
bb) G. W. F. Hegel und das Dasein der Freiheit . . . . .	96
cc) Weitere Entwicklung und Schlussfolgerungen . . . . .	97
b) Prinzip der Interessenabwägung und Utilitarismus . . . . .	98
aa) Formal: Das Prinzip des überwiegenden Interesses . . . . .	98
(1) Notstandstheorie bei Lenckner . . . . .	98
(2) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	100
(3) Kritik . . . . .	100
bb) Materiell: Utilitarismus und § 34 StGB . . . . .	101
(1) Utilitaristische Notstandstheorie . . . . .	101
(2) Auswirkung auf den Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	103

(3) Kritik . . . . .	103
cc) Notstand als Brücke zwischen Recht und Moral/Kriminalpolitik . . . . .	107
(1) Von der Sozialschädlichkeit über die materielle Rechtswidrigkeit zur Gesamtabwägung und zurück . . . . .	107
(2) Problematische Problemumkehr . . . . .	112
(3) Ergebnis und Übergang . . . . .	116
c) Repräsentationsansatz im Anschluss an Hegel . . . . .	116
aa) Notstandstheorie bei Pawlik . . . . .	116
bb) Auswirkung auf den Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	119
cc) Kritik . . . . .	120
d) Ursprüngliche Gütergemeinschaft und Anteil der Gesellschaft . . . . .	124
aa) Notstandsrecht mit Kant . . . . .	124
(1) Notstandstheorie bei Helmers . . . . .	124
(2) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	125
(3) Kritik . . . . .	126
bb) Der Anteil der Gesellschaft . . . . .	128
(1) Notstandstheorie bei Greco . . . . .	128
(2) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	129
(3) Kritik . . . . .	130
e) Intersubjektive Solidarität . . . . .	132
aa) Notstandstheorie . . . . .	132
bb) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	136
cc) Kritik . . . . .	136
f) Stellungnahme zur Legitimationsfrage . . . . .	137
3. Die Außenperspektive: Methoden- und Demokratieproblem der Strafrechtswissenschaft . . . . .	145
a) Der externe Blick auf die Diskussion . . . . .	145
b) Diskursebenenüberschreitung als Problem . . . . .	146
c) Anwendung auf die Strafrechtswissenschaft . . . . .	149
d) Anwendung auf die Notrechts-Diskussion . . . . .	152
e) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen . . . . .	155
4. Ergebnis: die demokratisch-solidarische Legitimation des § 34 StGB . . . . .	156
III. Die Kontroverse um den rechtfertigenden Defensivnotstand . . . . .	157
1. Einleitung . . . . .	157
2. Meinungsstand und hier vertretene Ansicht . . . . .	157
3. Schlussfolgerungen . . . . .	159
IV. Dogmatik des rechtfertigenden Notstandes . . . . .	160
1. Einleitung . . . . .	160
2. Die einzelnen Merkmale des § 34 StGB . . . . .	160
a) Notstandslage: gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut . . . . .	160
aa) Erhaltungsgut und staatliche Verfahren . . . . .	161
(1) Einleitung und Arbeitshypothese . . . . .	161

(2) Auf dem Weg zu einem prozeduralen Rechtsgutsverständnis	161
(a) Konkrete Schutzwürdigkeit des Erhaltungsguts . . . . .	161
(b) Nur verfahrensmäßig zulässige Interessenverfolgung . .	163
(c) Prozedurales Rechtsgutsverständnis . . . . .	164
(3) Stellungnahme . . . . .	165
bb) Der Streit um die Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter .	169
cc) Gegenwärtige Gefahr . . . . .	173
b) Gefahr nicht anders abwendbar . . . . .	174
aa) Einleitung . . . . .	174
bb) Drei Möglichkeiten und ihre Auswirkungen . . . . .	175
(1) Erforderlichkeit als Geeignetheit und Eingriffsintensität . . .	175
(2) Erforderlichkeit als Subsidiarität . . . . .	177
(3) Vermittelnde Ansichten . . . . .	178
cc) Stellungnahme: zwei Fragen – zwei Antworten . . . . .	180
dd) Ergebnis . . . . .	184
c) Interessenabwägung und Angemessenheit . . . . .	184
aa) Einleitung . . . . .	184
bb) Meinungsstand und Hintergründe . . . . .	184
(1) Vorrang staatlicher Verfahren in Interessenabwägung oder Angemessenheit . . . . .	184
(2) Allgemeines Verhältnis von Interessenabwägung und Angemessenheit . . . . .	186
(3) Interessenbegriff bei § 34 StGB . . . . .	187
(4) Wesentliches Überwiegen des Erhaltungsinteresses . . . . .	188
(5) Einfluss der Legitimationsdiskussion . . . . .	189
(6) Zusammenführung . . . . .	190
cc) Vorrang staatlicher Verfahren als Frage der Interessenabwägung? . . . . .	190
(1) Methodisches zur Interessenabwägung . . . . .	190
(2) Relativer Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	192
(3) Staatliche Entscheidungen in der Interessenabwägung . . .	193
(4) Rechtsgeltung in der Interessenabwägung . . . . .	194
dd) Vorrang staatlicher Verfahren als Frage der Angemessenheit . .	197
ee) Schlussfolgerungen . . . . .	198
d) Subjektives Rechtfertigungselement . . . . .	199
3. Vorrang staatlicher Verfahren als Problem der Gesetzeskonkurrenz .	200
a) Einleitung und Meinungsstand . . . . .	200
b) Konkurrenz von Rechtsnormen und Spezialitätsgrundsatz . . . . .	201
c) Vorrang staatlicher Verfahren als Konkurrenzfrage? . . . . .	203
d) Ergebnis zur Gesetzeskonkurrenz . . . . .	204
4. Ergebnisse . . . . .	204
V. Zusammenfassung und Übergang . . . . .	205

D. Gründe für einen Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	207
I. Einleitung . . . . .	207
1. Perspektivwechsel . . . . .	207
2. Aussagen in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	208
a) Für einen Vorrang staatlicher Verfahren . . . . .	208
b) Andere Ansichten . . . . .	210
c) Zusammenfassung und Systematisierung . . . . .	211
3. Gang der Untersuchung . . . . .	211
II. Der Vorrang staatlicher Tätigkeit . . . . .	212
1. Einleitung . . . . .	212
2. Hobbes, Locke, Nozick und die Defizite des Naturzustands . . . . .	212
a) Ein naheliegender Lösungsweg . . . . .	212
b) Der Staat als Überwindung des Kriegs aller gegen alle . . . . .	213
c) Übertragung auf § 34 StGB . . . . .	215
3. Vorrang staatlicher Entscheidungen . . . . .	216
a) Einleitung . . . . .	216
b) Rechtstheoretisch: Entscheidung statt Erkenntnis . . . . .	216
aa) Relativismus und Rechtspositivismus bei Kelsen (1960) . . . . .	216
bb) Relativismus, Rechtspositivismus und Grenzen bei Radbruch . . . . .	218
(1) Rechtsphilosophie (1932) . . . . .	218
(2) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946) . . . . .	219
cc) Zwischenbemerkungen . . . . .	220
dd) Rawls und das Faktum eines vernünftigen Pluralismus . . . . .	221
(1) A Theory of Justice (1971) . . . . .	221
(2) Political Liberalism (1993) . . . . .	224
(3) Wozu Rawls? . . . . .	226
ee) Schlussfolgerungen . . . . .	229
c) Rechtsstaatliche Demokratie des Grundgesetzes . . . . .	229
aa) Demokratie, Mehrheitsregel, demokratische Legitimation . . . . .	230
bb) Relativismus und Demokratie . . . . .	232
(1) Relativismus als Voraussetzung der Demokratie; prozedurales und nicht ergebnisbezogenes Verständnis . . . . .	232
(2) Andere Auffassungen . . . . .	236
(3) Ergebnis . . . . .	238
cc) Grenzen demokratischer Entscheidungsfreiheit . . . . .	238
dd) Demokratieprinzip des Grundgesetzes . . . . .	240
(1) Mittelbare und repräsentative Demokratie des Grundgesetzes . . . . .	240
(2) Demokratische Legitimation der besonderen Organe . . . . .	241
(3) Fehlerfolgen . . . . .	241
ee) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen . . . . .	243

d) Schlussfolgerungen aus der Entscheidungsdimension . . . . .	244
aa) Methodische Auswirkungen . . . . .	244
bb) Staat und Recht Teil 1: kein Recht ohne Staat . . . . .	245
cc) Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB . . . . .	248
dd) Anwendungsfall ziviler Ungehorsam . . . . .	249
4. Vorrang staatlicher Durchsetzungstätigkeit . . . . .	252
a) Einleitung . . . . .	252
b) Begriffsklärung und Relevanz für § 34 StGB . . . . .	253
c) Das Gewaltmonopol des Staates . . . . .	255
aa) Begriff und Entwicklung . . . . .	255
(1) Gewaltmonopol, Friedenspflicht, Schutzpflicht . . . . .	255
(2) Hintergründe und Entwicklung . . . . .	257
(3) Bemühungen um eine normative Verankerung im GG . . . . .	260
(4) Gewaltmonopol als Argument . . . . .	262
bb) Analyse und Kritik . . . . .	263
(1) Deskriptiv-soziologisches Verständnis . . . . .	264
(2) Rechtstheoretisches Verständnis . . . . .	265
(3) Normatives Verständnis . . . . .	267
(a) Aussage und erste Schwierigkeiten . . . . .	267
(b) Staatliches Gewaltmonopol und Staatlichkeit als Verfassungsvoraussetzung . . . . .	268
(c) Gewaltmonopol als Forderung des Rechtsstaats- und/oder Demokratieprinzips . . . . .	272
(d) Ergebnis zum normativen Verständnis . . . . .	273
(4) Deskriptiv-juristisches Verständnis mit schwacher normativer Implikation . . . . .	273
(5) Zwischenergebnis . . . . .	275
cc) Rechtfertigender Notstand und staatliches Gewaltmonopol . . . . .	276
(1) Das Gewaltmonopol in der Notstandsdiskussion . . . . .	276
(2) Notstandsrechtfertigung als Gefahr für die Staatlichkeit? . . . . .	278
(3) Notstand als Ausnahme zum Gewaltmonopol? . . . . .	280
(4) Notstandsrechtfertigung bei Abwesenheit des Staates? . . . . .	283
(a) Einleitung . . . . .	283
(b) Vertragsbeziehung zum Staat? . . . . .	283
(c) Tatsächliche oder normative Abwesenheit? . . . . .	284
(d) Stellung des Eingriffsopfers . . . . .	286
(e) Ergebnis zur Abwesenheit des Staates . . . . .	287
(5) Verfassungstheorie und Notstandsdogmatik . . . . .	287
(6) Notstand und Gewaltmonopol: Was bleibt? . . . . .	291
dd) Zwischenergebnis zum Gewaltmonopol . . . . .	292
d) Durchsetzungsvorrang kraft Entscheidungsvorrangs? . . . . .	292
aa) Einleitung . . . . .	292

bb) Alon Harel und die Verbindung zwischen Entscheidung und Durchsetzung . . . . .	293
cc) Auswirkungen auf § 34 StGB . . . . .	294
e) Schlussfolgerungen . . . . .	296
aa) Staat und Recht Teil 2: kein Staat ohne Recht . . . . .	296
bb) Kein Durchsetzungsvorrang bei § 34 StGB . . . . .	297
5. Zwischenergebnis und Übergang: vom Naturzustand zum Verfahren .	298
III. Der Vorrang des Verfahrens . . . . .	299
1. Einleitung . . . . .	299
a) Vom Vorrang des Staates zum Vorrang staatlicher Verfahren . . . .	299
b) Begriffsklärungen . . . . .	300
aa) Verfahren und Verfahrensergebnis . . . . .	300
bb) Funktionen, Zwecke, Ziele und Werte . . . . .	302
c) Vorgehensweise . . . . .	303
2. Zwecke des Verfahrens . . . . .	304
a) Zwecke des gerichtlichen Verfahrens . . . . .	304
aa) Verwirklichung des materiellen Rechts . . . . .	304
bb) Ermittlung der materiellen Wahrheit . . . . .	308
cc) Rechtsfrieden durch Rechtskraft . . . . .	311
(1) Rechtsfriedenzweck und Selbsthilfeverbot . . . . .	311
(2) Kritik . . . . .	312
dd) Zwischenergebnis zum gerichtlichen Verfahren . . . . .	315
b) Zwecke des Verwaltungsverfahrens . . . . .	316
aa) Einleitung . . . . .	316
bb) Verfahrenszwecke . . . . .	316
(1) Rechtsverwirklichung bei nachlassender Steuerungskraft des Gesetzes . . . . .	316
(2) Sachverhaltsermittlung in einer komplexen Wirklichkeit . .	320
(3) Weitere Zwecke . . . . .	323
cc) Dienende Funktion oder Eigenwert? . . . . .	324
dd) Zwischenergebnis zum Verwaltungsverfahren . . . . .	329
c) Zwecke des demokratischen Verfahrens . . . . .	329
d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen . . . . .	332
aa) Zusammenfassung . . . . .	332
bb) Unmittelbare Auswirkungen auf § 34 StGB . . . . .	333
(1) Je-desto-Formel bei § 34 StGB . . . . .	333
(2) Einordnung . . . . .	335
(3) Recht und Wirklichkeit innerhalb und außerhalb des Verfahrens . . . . .	336
cc) Rechtsfrieden, Steuerungsskepsis und starker Staat . . . . .	338
(1) Krisenerscheinungen und ihre Therapie . . . . .	338
(2) Analyse: Staat als Einheit . . . . .	339

(3) Gegengewurf: Konflikte aushalten statt aufheben . . . . .	340
3. Zwecke des Verfahrensrechts: Grundrechtsschutz durch Verfahren . .	342
a) Einleitung . . . . .	342
b) Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren . .	343
aa) Grundrechte und Verfahrensrecht . . . . .	343
bb) Prozeduraler Grundrechtsschutz in der Abwehr-, Leistungs- und Schutzfunktion . . . . .	345
c) Wichtige Anwendungsbereiche . . . . .	347
aa) Übersicht . . . . .	347
bb) Anhörung und Richtervorbehalt . . . . .	347
d) Mittelbare Drittwirkung bei § 34 StGB . . . . .	349
aa) Einleitung . . . . .	349
bb) Konstruktion einer mittelbaren Drittwirkung bei § 34 StGB . .	350
cc) Keine Flucht in die Notstandsrechtfertigung . . . . .	355
e) Schlussfolgerungen . . . . .	356
4. Zwischenergebnis zum Vorrang des Verfahrens . . . . .	358
IV. Ergebnisse . . . . .	358
1. Zusammenfassung . . . . .	358
2. Zurück zum Legitimationsproblem . . . . .	359
a) Einleitung . . . . .	359
b) Prozeduralistisches Rechtsverständnis bei Habermas . . . . .	360
c) Der Verlauf der Untersuchung aus Sicht des prozeduralistischen Rechtsparadigmas . . . . .	362
d) Hegel und Pawlik . . . . .	364
E. Reichweite des Vorrangs staatlicher Verfahren . . . . .	367
I. Einleitung . . . . .	367
II. Effektivität und Eingriffsintensität . . . . .	367
III. Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel . . . . .	368
1. Einleitung . . . . .	368
2. Allgemeine Überlegungen . . . . .	369
a) Fehlerfreie Verfahren und Verfahrensergebnisse . . . . .	369
aa) Die Ermittlung des konkret vorrangigen Verfahrens . . . . .	369
(1) Unzählige Möglichkeiten . . . . .	369
(2) Die bestmögliche Annäherung an den Notstandskonflikt . .	369
(3) Der unvermeidbare Vorrang eines staatlichen Verfahrens . .	370
(4) Kriterien zur Bestimmung des konkret vorrangigen Verfahrens . . . . .	373
bb) Auswirkungen auf die Notstandsrechtfertigung . . . . .	375
(1) Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz . . . . .	375
(2) Entscheidungsvorrang und Notstandsbefugnis . . . . .	376

(a) Vorrang staatlicher Verfahren als inhaltliches Problem . . . . .	376
(b) Welche Entscheidung ist vorrangig? . . . . .	377
(3) Verfahrensvorbehalt und vorläufige Maßnahmen . . . . .	379
(a) Grundsatz: Pflicht zur Verfahrenseinleitung . . . . .	379
(b) Ausnahme: vorläufige Maßnahmen . . . . .	380
cc) Zwischenergebnis . . . . .	382
b) Rechts- oder verfassungswidrige Verfahren und ihre Ergebnisse . . . . .	383
aa) Einleitung . . . . .	383
bb) Von der einspurigen zur mehrspurigen Formel . . . . .	383
cc) Mögliche Konstellationen . . . . .	386
(1) Fehler im Durchsetzungsverfahren . . . . .	386
(2) Fehler im Entscheidungsverfahren 1: unwirksame Entscheidung . . . . .	387
(3) Fehler im Entscheidungsverfahren 2: wirksame, aber vernichtbare Entscheidung . . . . .	388
(a) Rechtsverletzung auf Erhaltungsseite . . . . .	388
(b) Objektive Fehlerhaftigkeit der Entscheidung und Rechtsverletzung auf Eingriffsseite . . . . .	389
(4) Fehlerhafte Untätigkeit . . . . .	390
c) Atypische Fälle als Domäne des § 34 StGB? . . . . .	391
aa) Einleitung . . . . .	391
bb) Kritik . . . . .	392
cc) Verzicht auf das Merkmal . . . . .	395
d) Zusammenfassung . . . . .	395
3. Anwendung auf Beispiele . . . . .	396
a) Vorrang staatlicher Entscheidungen auf verschiedenen Ebenen . . . . .	396
aa) Ökonomie und Ökologie; Bilgenentöler . . . . .	396
bb) Klimaschutz und ziviler Ungehorsam . . . . .	400
cc) Tierschützer II . . . . .	407
dd) Kollision von Vermögenswerten . . . . .	407
b) Betäubungsmittel zur Eigentherapie . . . . .	410
aa) Ausgangsfälle: Vorrang des Erlaubnisverfahrens . . . . .	410
bb) Sonderfall: BtM zu Suizidzwecken . . . . .	412
c) Feldbefreier-Fälle . . . . .	414
aa) Vorrang rechtswidriger Genehmigung? . . . . .	414
bb) Nebenbestimmung und § 34 StGB . . . . .	417
d) Tatsächliche Unklarheiten . . . . .	417
aa) Aufenthalts- und Asylrecht . . . . .	418
bb) Kriegsdienstverweigerer . . . . .	420
cc) Fehltriteil und Wiederaufnahme . . . . .	422
(1) Begründungsschwierigkeiten . . . . .	422

(2) Künstliche Offenheit des Strafverfahrens kraft Unschuldsumutung . . . . .	424
(3) Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens . . . . .	425
(4) Ergebnis und Ausnahme . . . . .	426
4. Ergebnis zur Je-desto-Formel . . . . .	427
IV. Vorrang grundrechtsschützender Verfahren . . . . .	428
1. Einleitung . . . . .	428
2. Allgemeine Überlegungen . . . . .	429
a) Grundsatz: Vorrang grundrechtsschützender Verfahren . . . . .	429
aa) Grundrechtsschützende Verfahren und Je-desto-Formel . . . . .	429
bb) Auswirkungen auf den rechtfertigenden Notstand . . . . .	430
b) Ausnahme: Gefahr im Verzug . . . . .	431
aa) Eilfälle bei § 34 StGB . . . . .	431
bb) Zusammenspiel mit Je-desto-Formel . . . . .	431
cc) Auswirkungen auf den rechtfertigenden Notstand . . . . .	432
3. Anwendung auf Beispiele . . . . .	434
a) Private Ermittlungsmaßnahmen . . . . .	434
aa) Rauschgiftkriminalität . . . . .	434
bb) Tierschützer I . . . . .	436
(1) Hinführung . . . . .	436
(2) Je-desto-Formel . . . . .	437
(3) Vorrang grundrechtsschützender Verfahren . . . . .	439
cc) Beweisprobleme im gerichtlichen Verfahren . . . . .	440
(1) Verschaffung von Beweismitteln . . . . .	440
(2) Verteidigung gegen falsche Beweismittel . . . . .	442
b) Gefahr im Verzug? . . . . .	442
aa) Staatsnotstandshilfe . . . . .	442
bb) „Spanner“-Fall . . . . .	445
cc) Krieg gegen Rechtsradikale . . . . .	448
dd) „Familienpflege“ . . . . .	449
ee) Zündschlüssel-Fälle . . . . .	452
c) Grundrechtsschützende Verteilungsverfahren . . . . .	453
aa) Einleitung: Verteilungsverfahren und § 34 StGB . . . . .	453
bb) Private Umverteilungsmaßnahmen . . . . .	455
(1) Internationale Solidarität durch Bankmitarbeiter . . . . .	456
(2) Medikamentendiebstahl . . . . .	457
(3) „Impfdrängler“ . . . . .	458
cc) Künftige Klimadelikte . . . . .	460
dd) Überschwemmung . . . . .	462
ee) Hausbesetzer und Bergsteiger . . . . .	465
ff) Zwischenbemerkung . . . . .	467
d) Sonderfall Schwangerschaftsabbruch . . . . .	467

aa) Einleitung und Weichenstellung . . . . .	467
bb) Notstandsrechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs . . . . .	467
cc) Verhinderung eines Schwangerschaftsabbruchs durch Dritte . . . . .	469
4. Ergebnis zum Vorrang grundrechtsschützender Verfahren . . . . .	472
F. Ergebnisse . . . . .	473
I. Allgemeine Reflexionen . . . . .	473
II. Der Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB . . . . .	474
1. Weichenstellungen . . . . .	474
2. Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger bei § 34 StGB . . . . .	475
a) Allgemeine Überlegungen . . . . .	475
b) Der Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel . . . . .	476
c) Der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren . . . . .	479
3. Orientierungspunkte: Individual- und Kollektivrechtsgüter . . . . .	480
a) Kollektive und individuelle Rechtsgüter auf Erhaltungsseite . . . . .	480
b) Individuelle und kollektive Rechtsgüter auf Eingriffsseite . . . . .	481
c) Zusammenführung . . . . .	481
III. Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat . . . . .	482
Literatur . . . . .	485
Sachregister . . . . .	517
Personenregister . . . . .	521

## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AllgVwR	Allgemeines Verwaltungsrecht
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BAnz AT	Amtlicher Teil des Bundesanzeigers
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BfArM	Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BtM	Betäubungsmittel

BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfG (K)	Bundesverfassungsgericht (Kammerentscheidung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVL	Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit
BW	Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CID	Criminal Investigation Division
CoronaImpfV	Coronavirus-Impfverordnung
COVID-19	Coronavirus disease 2019
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe / dieselben
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
dt.	deutsch
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f./ff.	folgende / fortfolgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FD-StrafR	Fachdienst Strafrecht
Fn.	Fußnote
Frankfurt a. M.	Frankfurt am Main
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GenTG	Gentechnikgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GS	Gedächtnisschrift
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
h. M.	herrschende Meinung

HbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
HGR	Handbuch der Grundrechte
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/ herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HStrR	Handbuch des Strafrechts
HU Berlin	Humboldt-Universität zu Berlin
i. Br.	im Breisgau
i. V. m.	in Verbindung mit
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KCanG	Konsumcannabisgesetz
KDVG	Kriegsdienstverweigerungsgesetz
KG	Kammergericht/ Kommanditgesellschaft
KJ	Kritische Justiz
KKOWiG	Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz
KlimR	Klima und Recht
KSG	Klimaschutzgesetz
LG	Landgericht
LGBI	Landesgesetzblatt
lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
LKatSG	Landeskatastrophenschutzgesetz
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
m.	mit
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MüKo	Münchener Kommentar
Nichtannahmebeschl.	Nichtannahmebeschluss
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar/ Neue Kriminalpolitik
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZJPIL	New Zealand Journal of Public and International Law
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o. ä.	oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PolG	Polizeigesetz
PsychKHG	Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RW	Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite / Satz
SchKG	Schwangerschaftskonfliktgesetz
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK	Systematischer Kommentar
sStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StA	Staatsanwaltschaft
StaatsR	Staatsrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
StVO	Straßenverkehrsordnung
TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
TierSchMVG	Gesetz über die Mitwirkungsrechte und das Verbands- klagerecht für anerkannte Tierschutzorganisationen
TierSchNutztV	Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UmwRG	Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz
UNTS	United Nations Treaty Series
URP	Umweltrecht in der Praxis
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	von / vom
v. a.	vor allem
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
vs.	versus

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
(L)VwVfG	(Landes-)Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WKRS	Wolters Kluwer Rechtsprechung
WPfLG	Wehrpflichtgesetz
WStG	Wehrstrafgesetz
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSKG	Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft



## A. Einleitung

### I. Problemstellung

Die Grenze zwischen Staat und Anarchie scheint im demokratischen und sozialen Rechtsstaat des 21. Jahrhunderts in § 34 StGB – der Vorschrift über den rechtfertigten Notstand – zu liegen. Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein Rechtsgut die gesetzlichen Merkmale eines Straftatbestands erfüllt, handelt nach § 34 StGB nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt und die Tat ein angemessenes Mittel ist, um die Gefahr abzuwenden. Von der Auslegung und Anwendung dieses Rechtfertigungsgrunds im Verhältnis zu staatlichen Verfahren hängt nun offenbar ab, ob ein friedliches Zusammenleben der Bürger im status civilis gewährleistet ist oder „die Hegemonie des Rechts zugunsten einer Hegemonie der Gewalt“<sup>1</sup> abgelöst wird. Strafrechtliche Rechtfertigungsgründe stellen, so die gängige Ansicht, „Reservate des status naturalis im Reich des Bürgerfriedens“<sup>2</sup> dar, ihnen wohne ein „anarchisches Element“<sup>3</sup> inne, und eine unzutreffende Auffassung über das Verhältnis zwischen staatlichem Schutz und privater Selbsthilfe könne in eine „Hobbes’sche Schreckenswelt des Bürgerkriegs führen“<sup>4</sup>. So sehen beispielsweise manche in der Notstandsrechtfertigung privater Tierschutzaktivisten, die, um eine konsequente staatliche Durchsetzung der Vorgaben des Tierschutzrechts zu erreichen, nachts in Ställe eines landwirtschaftlichen Betriebs in Sachsen-Anhalt eindringen,<sup>5</sup> eine „Aushöhlung der ungeschriebenen, gleichwohl unverzichtbaren Fundamente des Staates als Rechts- und Friedensordnung“<sup>6</sup>. Auch die Rechtfertigung eines Klimaaktivisten nach § 34 StGB, der in Flensburg einen Baum besetzt hielt, um ihn vor dem Fällen zu bewahren,<sup>7</sup> führe „zu einem Zustand der Gesetzlosigkeit, also mit anderen Worten zur Anarchie“<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 67.

<sup>2</sup> Isensee, FS Eichenberger, S. 23 (27).

<sup>3</sup> Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 57.

<sup>4</sup> Isensee, FS Eichenberger, S. 23 (40).

<sup>5</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris; dazu unten B.II.3.a)aa), S. 25 ff.

<sup>6</sup> Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (201).

<sup>7</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris; dazu unten B.III.3.b)aa)(2), S. 66 ff.

<sup>8</sup> Zieschang, JR 2023, 141 (146).

V. a. der Strafrichter steht bei Auslegung und Anwendung des § 34 StGB allem Anschein nach vor der Aufgabe, die Herrschaft des Rechts und die Grundlagen eines friedlichen Zusammenlebens in einem Staat gegenüber einem „anarchischen Zustand der Rechtlosigkeit“<sup>9</sup> abzusichern und „gegen die Flut der Privatjustiz [...] einen Damm zu errichten“<sup>10</sup>. Hilfestellungen geben hierbei auf den ersten Blick Rechtsprechung und Literatur zu § 34 StGB. Es gelte, so liest man oft, ein Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand: Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB sei ausgeschlossen, wenn die Rechtsordnung für die Abwendung der konkreten Notstandsgefahr ein rechtlich geordnetes Verfahren vorsieht<sup>11</sup> bzw. „wenn die Lösung des Konflikts (die Beseitigung der Gefahr) auf ein bestimmtes Verfahren kanalisiert oder überhaupt ausgeschlossen ist.“<sup>12</sup> Dies diene dem Schutz fundamentaler Ordnungsprinzipien<sup>13</sup> und garantiere den formellen Rechtsstaat gegenüber einer freihändigen Interessenmaximierung durch Private.<sup>14</sup> Mit dieser Subsidiarität des rechtfertigenden Notstands gegenüber staatlichen Verfahren scheint jedes anarchische Element desselben gebändigt und der Rechtsstaat aller Schreckensbilder von einem „modernen status naturalis [...], in dem die Großstädte versinken“<sup>15</sup>, zum Trotz noch einmal vor dem Untergang bewahrt zu sein.

Nun hat sich der moderne Rechts- und Sozialstaat aber die organisierte Bekämpfung der unterschiedlichsten Notlagen samt der Vorsorge hiergegen in weitem Umfang zur Aufgabe gemacht.<sup>16</sup> An die Stelle individueller (Selbst-)Hilfe tritt ein bürokratischer Verwaltungsapparat: Es müssen Anträge gestellt werden, es sind Zuständigkeiten zu beachten, Fristen einzuhalten, Formvorgaben zu erfüllen, und es werden allgemein gültige Regeln darüber, wem in welcher Situation auf welche Art und Weise und in welchem Umfang geholfen wird, erlassen und angewendet. Nicht nur deshalb, sondern auch mit Blick auf staatliche Gefahrenabwehr auf Grundlage der landesrechtlichen polizeilichen Generalklauseln (z. B. §§ 1, 3 PolG BW) oder die Möglichkeit, (zivil-)gerichtliche Klage zu erheben (etwa gestützt auf § 1004 BGB), existiert im modernen Staat zur Bekämpfung *jeder* Notlage und zur Abwehr *jeder* Gefahr irgendein staatliches Verfahren. Nimmt man den soeben beschriebenen Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand wörtlich, würde § 34 StGB daher leer laufen.<sup>17</sup> Wenn staatliche Verfahren gegenüber dem rechtfertigenden Not-

---

<sup>9</sup> Ebd.

<sup>10</sup> *Arzt*, JZ 1994, 314.

<sup>11</sup> Ausführliche Nachweise hierzu im folgenden Kapitel, insbesondere unten B.III.3.a), S.59 und B.III.4, S.71.

<sup>12</sup> *Jakobs*, AT, 13/36.

<sup>13</sup> *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41.

<sup>14</sup> *Jakobs*, AT, 13/36.

<sup>15</sup> *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 56.

<sup>16</sup> Vgl. auch *Luhmann*, in: ders., *Soziologische Aufklärung 2*, S. 167 (176 ff.), auch zum Folgenden.

<sup>17</sup> *Keller*, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 319 f.; *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 219 f.; vgl. auch *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (69 ff.); *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213).

stand vorrangig sind, es jedoch zur Abwehr einer jeden Gefahr ein staatliches Verfahren gibt, wäre eine Notstandsrechtfertigung in jedem denkbaren Fall ausgeschlossen und § 34 StGB könnte gestrichen werden.

Wenngleich dieses Ergebnis rechtspolitisch nicht ausgeschlossen wäre,<sup>18</sup> wird in dieser Arbeit nicht für eine Abschaffung des § 34 StGB votiert, sondern das geltende Recht untersucht.<sup>19</sup> Will man Rechtsnormen so auslegen, dass sie nicht überflüssig werden,<sup>20</sup> folgt dann aber schon aus der bloßen Existenz des § 34 StGB als Norm, dass staatliche Verfahren gegenüber dem rechtfertigenden Notstand keine absolute Sperrwirkung entfalten können.<sup>21</sup> Wenn aber umgekehrt auch staatliche Verfahren noch einen Sinn haben und nicht umfassend der freihändigen Interessenmaximierung durch Private preisgegeben werden sollen, d. h. im Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren keine der beiden Seiten vollständig über die andere obsiegen soll, ist mit dem Hinweis auf einen irgendwie gearteten Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand für die Lösung konkreter Einzelfälle (wie die der Tier- und Klimaschützer) noch nichts gewonnen. Vielmehr ist man wieder auf das Ursprungsproblem zurückgeworfen, stellt sich doch die Frage, wie weit ein *relativer* Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand reicht.<sup>22</sup> Das soll in dieser Arbeit geklärt werden.

## II. Zielsetzung und Vorgehensweise

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen privater Gefahrenabwehr auf der Grundlage des § 34 StGB und staatlichen Verfahren stellt sich nicht nur bei Tierschützern oder Klimaaktivisten, sondern in jedem Notstandsfall.<sup>23</sup> Weil wie erwähnt zur Bekämpfung jeder Notlage (oder zur Vorsorge hiergegen) ein staatliches Verfahren verfügbar ist, kommt auch jede private Notstandshandlung – und nicht nur das nächtliche Eindringen in einen landwirtschaftlichen Betrieb in Sachsen-Anhalt oder das Besetzen eines Baumes in Flensburg – möglicherweise in Konflikt mit staatlichen Verfahren. Ziel der Arbeit ist daher die Entwicklung eines für alle Fälle des § 34 StGB anwendbaren Ansatzes zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen privater und staatlicher Notbekämpfung.

Dabei geht die Arbeit intradisziplinär vor. Fraglich ist die Notstandsrechtfertigung privater Handlungen und deren Verhältnis zu staatlichen Verfahren, weshalb nicht nur die Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands, sondern auch die

---

<sup>18</sup> Vgl. auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 123.

<sup>19</sup> Zur Legitimation des § 34 StGB unten C.II.2, S. 94 ff.

<sup>20</sup> Allgemein etwa Th. Möllers, Juristische Methodenlehre, § 5 Rn. 54.

<sup>21</sup> Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319 ff.; vgl. auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>22</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>23</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

theoretischen und rechtlichen Grundlagen der jeweils einschlägigen staatlichen Verfahren (konkret also beispielsweise das Tier- und Klimaschutzrecht) einbezogen werden. Hierin setzt sich der Gedanke, dass beide Seiten des Verhältnisses zwischen Notstand und staatlichen Verfahren hinreichend wirksam werden sollen – d. h. dass zwar keine absolute Sperrwirkung staatlicher Verfahren besteht, diese aber jedenfalls irgendeinen Einfluss auf § 34 StGB haben müssen – fort. Mit Blick auf die grundlegende Bedeutung des Problems für das Nachdenken über Recht und Staat bezieht sich diese Intradisziplinarität nicht nur auf das positive Recht, sondern auch auf die dahinter stehenden Grundsatzfragen, d. h. die Arbeit wird sich nicht auf im weiteren Sinne strafrechtsphilosophische Überlegungen beschränken, sondern sich auch der politischen Philosophie zuwenden.<sup>24</sup> Insgesamt führt dies dazu, dass sich der rechtfertigende Notstand in die Gesamtrechtsordnung einfügt und einen Großteil seiner „Unheimlichkeit“<sup>25</sup> verliert.

Damit verbunden ist jedoch eine erste Begrenzung der vorliegenden Arbeit. Der im Folgenden entwickelte Ansatz beansprucht weder in historischer noch in politisch-geographischer oder sozio-kultureller Hinsicht universelle Geltung.<sup>26</sup> Vielmehr bezieht er sich auf das aktuell in der Bundesrepublik Deutschland geltende Recht. Zudem fußt die nachfolgend entwickelte Konzeption v. a. auf Überlegungen zum Demokratieprinzip und zu den Grundrechten, gilt also nicht in Staaten und Rechtsordnungen, in denen weder Demokratie herrscht noch effektiver Grundrechtsschutz betrieben wird.<sup>27</sup> Ansichten zum Verhältnis von Staat und Bürger sind ebenso abhängig von kulturellen Hintergründen und eng mit anderen Grundanschauungen verflochten<sup>28</sup> wie die Auffassungen über den rechtfertigenden Notstand und den diesem zugrunde liegenden Konflikt zwischen Freiheit und Solidarität,<sup>29</sup> sodass universell gültige Aussagen hierzu weder möglich sind noch – aus Respekt vor der demokratischen Selbstbestimmung der Bürger – getroffen werden sollten. All dies spricht nicht gegen einen Austausch zwischen verschiedenen Rechtsordnungen. So bezieht auch diese Arbeit manche Gedanken aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis ein. Doch sind dabei immer die unterschiedlichen kulturellen Hintergründe der Aussagen zu berücksichtigen.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Hierfür etwa auch *Thorburn*, in: Duff/Green (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 ff.

<sup>25</sup> Zum Notstand als etwas „sozusagen Unheimliches“ *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, S. 171 (175).

<sup>26</sup> Anders das ambitionierte Projekt einer universellen Rechtswissenschaft bei *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, S. 41 ff.

<sup>27</sup> Man kann an der Stelle allgemein an *John Rawls'* Überlegungen zur fast-gerechten Gesellschaft anknüpfen, vgl. *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 387 ff.; beachte hierzu aber noch unten D.II.3.b)dd), S. 221 ff.

<sup>28</sup> Vgl. für das Strafverfahrensrecht *Hörnle*, *ZStW* 117 (2005), 801 ff.

<sup>29</sup> Vgl. auch *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 79; zur Notwehr auch *Arzt*, *FS Schaffstein*, S. 77 ff.; *Schroeder*, *FS Maurach*, S. 127 ff.; zur Legitimation des § 34 StGB unten C.II.2, S. 94 ff.

<sup>30</sup> Vgl. allgemein *Kischel*, *Rechtsvergleichen*, § 3 Rn. 220 ff.

Der Gang der Untersuchung reflektiert die obige Problembeschreibung und die methodische Ausrichtung der Arbeit. Das nachfolgende Kapitel B<sup>31</sup> widmet sich der Darstellung des Meinungs- und Forschungsstands in Rechtsprechung und Literatur und bietet zugleich Anschauungsmaterial für die abstrakteren Überlegungen im weiteren Verlauf. Es wird sich ergeben, dass der aus Sicht der einführend beschriebenen Stellungnahmen zur Verteidigung des status civilis gegen anarchische Zustände berufene Strafrichter einen weitgehend einsamen Kampf führt und bei der Beurteilung von Fällen größtenteils ohne hilfreiche Unterstützung durch (andere) Rechtsprechung oder die Wissenschaft auskommen muss. Anschließend teilt sich die Untersuchung in ein Kapitel zur Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands (Kapitel C<sup>32</sup>) und ein Kapitel zu den Hintergründen staatlicher Verfahren (Kapitel D<sup>33</sup>) auf. Beide Kapitel schaffen die Grundlagen für die Entwicklung eines differenzierenden Ansatzes im Anschluss. Dieser wird in Kapitel E<sup>34</sup> ausgearbeitet und zugleich an den Beispielen aus Kapitel B getestet. Ein letztes Kapitel F<sup>35</sup> fasst die Ergebnisse zusammen und schließt die Arbeit ab.

### III. Untersuchungsgegenstand: private Notstandshandlungen und staatliche Verfahren

Untersucht wird also das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren. Verfahren im Sinne dieser Arbeit ist jede Abfolge menschlicher Handlungen, die der Herbeiführung einer Entscheidung dient.<sup>36</sup> Dieses Verfahren kommt als Institution zum Entstehen und rückt ins Interesse rechtswissenschaftlicher Untersuchungen, wenn es rechtlich geregelt wird.<sup>37</sup> Weil sich nicht immer zwischen Verfahrensergebnis und Verfahren im engeren Sinne trennen lässt,<sup>38</sup> wird das Ergebnis des Verfahrens in den hier verwendeten weiten Verfahrensbegriff mit einbezogen. Um ein *staatliches* Verfahren handelt es sich, wenn das Verfahren von einer staatlichen und nicht-privaten Stelle betrieben wird oder das Verfahrensergebnis ein Hoheitsakt ist. Erfasst sind dabei Verfahren aller drei Staatsgewalten: Exekutive, Judikative und Legislative. Insbesondere die Einbeziehung des demokratischen Verfahrens, das sich aus politischer Wahl und Gesetzgebung als ein „Flussdiagramm“

<sup>31</sup> Unten S. 9 ff.

<sup>32</sup> Unten S. 93 ff.

<sup>33</sup> Unten S. 207 ff.

<sup>34</sup> Unten S. 367 ff.

<sup>35</sup> Unten S. 473 ff.

<sup>36</sup> Zum Verfahrensbegriff nur *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 80 ff. m. w. N.; weiter dazu unten D.III.1.b)aa), S. 300 f.

<sup>37</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 42; zur Unterscheidung von Verfahren und Verfahrensrecht auch *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 199 ff.; dazu noch unten D.III.1.b)bb), S. 302 f.

<sup>38</sup> *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 1.

der demokratischen Meinungs- und Willensbildung der Bürger zusammensetzt,<sup>39</sup> ermöglicht die Entwicklung eines einheitlichen Konzepts des Vorrangs staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand, welches nicht zwischen gerichtlichem und behördlichem Verfahren auf der einen und Gesetzgebung auf der anderen Seite trennt.

Das in der Literatur bereits ausführlich behandelte Problem, ob sich staatliche Hoheitsträger auf § 34 StGB berufen können,<sup>40</sup> ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Dabei handelt es sich nicht in derselben Art und Weise um einen Konflikt zwischen Staat und Bürger wie in allen anderen Notstandsfällen. Vorliegend soll aber genau dies untersucht werden: das Verhältnis zwischen *privatem* Vorgehen nach § 34 StGB und *staatlichen* Verfahren.<sup>41</sup>

#### IV. Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat

Eingangs wurde beschrieben, dass die Literatur in der Frage nach dem Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand eine Entscheidung zwischen Staat und Anarchie sieht. Nun beginnt die (insgesamt fünf Kapitel umfassende) Abkehr von solchen und ähnlichen Vorstellungen. Diese Arbeit bezweckt nicht die Vermeidung anarchischer Zustände, sondern will die Einsicht vermitteln, dass solche Bilder weder dem vorliegenden Thema noch der Rechtsanwendung im demokratischen Rechtsstaat des 21. Jahrhunderts gerecht werden. Stattdessen lässt sich die Untersuchung im Bewusstsein ihrer zeitlichen und räumlichen Kontingenz von Pluralismus, Demokratie und normativem Individualismus<sup>42</sup> leiten, ohne veralteten Ansichten über das Wesen des Rechts, die Rolle des Staates und die Stellung des Einzelnen anzuhängen.<sup>43</sup> Bestenfalls leistet dies neben der erwähnten Hilfestellung für den Strafrichter bei der Anwendung des § 34 StGB auch einen Beitrag zu mehr Demokratie- und Methodenbewusstsein in der (Straf-)Rechtswissenschaft. Das befähigt dazu, den rechtfertigenden Notstand in eine demokratisch gesetzte und dem Schutz und der

<sup>39</sup> Zur Zusammenfassung von Rekrutierungsverfahren und parlamentarischem Verfahren (Kategorien nach *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 53, 155 ff. und 175 ff.) zu einem Flussdiagramm der demokratischen Meinungs- und Willensbildung siehe *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 24.

<sup>40</sup> Dazu nur die Darstellung bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 5. Problem, S. 46 ff. mit vielen Nachweisen.

<sup>41</sup> Anders ist dies, wenn man im erwähnten Problem die Ansicht von der gespaltenen Rechtswidrigkeit vertritt und strafrechtliche Rechtfertigung und (im engeren Sinne) öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse getrennt betrachtet, vgl. z. B. *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 50. Aber auch dann bestehen Besonderheiten, die eine separate Untersuchung dieser Thematik rechtfertigen. Zur Diskussion mit Blick auf den Vorrang staatlicher Verfahren auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 186 ff., insbesondere S. 198 ff.; beachte auch die mit dem später entwickelten Ansatz vergleichbaren Argumente bei *Amelung*, NJW 1977, 833 (836 f.).

<sup>42</sup> *V. der Pfordten*, JZ 2005, 1069 ff.

<sup>43</sup> Vgl. auch *Gärditz*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), Straferfassungsrecht, S. 15 ff.

Gewährleistung individueller Grundrechte verpflichtete Rechtsordnung einzubetten und Probleme des 21. Jahrhunderts – und nicht solche eines hobbeschen Bürgerkriegs – zu meistern.



## B. Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur

### I. Einleitung

Dieses Kapitel beschäftigt sich damit, wie Rechtsprechung und Literatur das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren bestimmen. Der Überblick über Entscheidungen der Praxis und die Reaktion der Literatur hierauf (sogleich II.) wird Widersprüche und offene Fragen aufzeigen, die zu klären sich die vorliegende Arbeit zum Ziel setzt. Ähnliches wird der Blick auf den Diskussionsstand in der (straf-)rechtswissenschaftlichen Literatur im zweiten Abschnitt des Kapitels (unten III.) ergeben. Daher bedarf es einer vertieften Untersuchung des Problems (unten IV.).

### II. Rechtsprechungsübersicht

#### *1. Auswahl der Fälle und Einteilung in Fallgruppen*

Schon eingangs wurde gezeigt, dass sich die Frage nach einem Vorrang staatlicher Verfahren bei jedem Fall des § 34 StGB stellt.<sup>1</sup> Eine vollumfängliche Aufarbeitung der Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen privater Notstandstat und staatlichen Verfahren endete deshalb in einer bloßen Aneinanderreihung aller von bundesrepublikanischen Gerichten entschiedenen Fälle zum rechtfertigenden Notstand seit dessen höchstrichterlicher Anerkennung als Rechtfertigungsgrund im Jahr 1927.<sup>2</sup> Weil dies nicht zielführend wäre, wird im Folgenden eine Auswahl getroffen, die möglichst viele denkbare Fallkonstellationen und Sachverhalte einbezieht und zugleich das Spektrum verschiedener rechtlicher Lösungswege in der Praxis abdeckt. Dass dadurch „klassische“ Fälle des rechtfertigenden Notstands neben solchen Beispielen, die weniger im Fokus der (straf-)rechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeit stehen, erörtert werden, dient zugleich dem Ziel dieser Arbeit, eine für alle Konstellationen und damit nicht nur für die klassischen Beispiele anwendbare Konzeption zu erarbeiten.

Die so ausgewählten Entscheidungen werden in Fallgruppen eingeteilt, die sich danach richten, ob die zu beurteilende Tat eine Gefahr von einem individuellen oder

---

<sup>1</sup> Siehe nochmals Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>2</sup> Also seit RGSt 61, 242 (254 ff.).

kollektiven Rechtsgut abwenden soll und ob sie hierfür in ein individuelles oder kollektives Rechtsgut eingreift, ob es sich also bei Erhaltungs- oder Eingriffsgut<sup>3</sup> um ein Individual- oder Kollektivrechtsgut handelt. Weil sich die dem hinter der vorliegenden Untersuchung stehende Frage nach dem Verhältnis von Staat und Individuum v. a. dann besonders deutlich zeigt, wenn Individual- und Kollektivrechtsgüter kollidieren,<sup>4</sup> liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf diesen Fallgruppen (unten 3. und 4.). Die Einordnung in die Kategorien Individual- oder Kollektivrechtsgüter erfolgt dabei deskriptiv und verzichtet auf eine Stellungnahme zu strittigen Fragen rund um die *Legitimität* der Rechtsgüter.

## 2. Schutz eines Individualrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts

### a) „Notwehrähnliche Lage“

Die Übersicht beginnt mit zwei „Klassikern“ zum rechtfertigenden Notstand. Unter dem Stichwort der „notwehrähnlichen Lage“ oder „Präventivnotwehr“ werden solche Fälle diskutiert, die in die Nähe der Notwehr rücken, bei denen es jedoch an der Gegenwärtigkeit des Angriffs fehlt.<sup>5</sup>

#### aa) „Spanner“-Fall

Den ersten Fall hatte der BGH im Jahr 1979 zu entscheiden.<sup>6</sup> Angeklagt war ein Mann wegen gefährlicher Körperverletzung (heute: §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB) und eines Verstoßes gegen das WaffG (heute: §§ 51 ff. WaffG), weil er mit einer Pistole, für deren Besitz keine behördliche Erlaubnis vorlag, auf sein Opfer geschossen und dieses verletzt hatte. Das spätere Opfer war zuvor wiederholt nachts in die Wohnung des Angeklagten und seiner Frau eingedrungen und hatte sich bei den schlafenden Eheleuten aufgehalten. Infolgedessen ließen die Eheleute eine Alarmanlage anbringen, erwarben eine Schreckschusspistole und benachrichtigten die Polizei. Diese jedoch riet zum Erwerb eines Waffenscheins und einer Schusswaffe. Sie selbst konnte keine unmittelbare Abhilfe schaffen, da der Eindringling stets geflüchtet war, bevor die Polizei eintraf. In der Nacht der Tat bemerkte der Angeklagte den Eindringling, als dieser am Fußende seines Bettes stand, rief, als dieser flüchtete, „Halt oder ich schieße!“, und schoss ihm dann ins Gesäß und die Flanke. Betrachtet man den Fall unter Notstandsgesichtspunkten, so stehen sich mehrere Individual-

<sup>3</sup> Begrifflichkeit bei Küper, JZ 1976, 515 (516). Diese Begriffe werden in dieser Arbeit übernommen.

<sup>4</sup> Siehe nur Greco, ZStW 134 (2022), 1 (72 ff., 81 ff., 88 f.).

<sup>5</sup> Allgemein zur Kontroverse um die „notwehrähnliche Lage“ MüKoStGB/Erb, § 32 Rn. 105; Jakobs, AT 12/27; Lesch, FS Dahs, S. 81 (109 ff.); Roxin, FS Jescheck, S. 457 (478 ff.); ders./Greco, AT I, § 15 Rn. 28 und § 16 Rn. 84, jeweils m. w. N.; zum Vorrang staatlicher Verfahren in dem Zusammenhang auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 313 ff.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris = NJW 1979, 2053 = JR 1080, 113.

rechtsgüter gegenüber: Mit der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Opfers wollte der Ehemann u. a. das Hausrecht, die Gesundheit und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Eheleute schützen.<sup>7</sup> Was staatliche Verfahren angeht, so ist an die Gefahrenabwehr durch die Polizei (Polizeibehörden oder Polizeivollzugsdienst) und bzgl. des Schusswaffenbesitzes an ein Erlaubnisverfahren nach WaffG (Grundlage heute: § 4 WaffG) zu denken.

Der BGH sprach den Angeklagten wegen *entschuldigenden* Notstands nach § 35 StGB frei. Zwar spreche für das Vorliegen eines rechtfertigenden Notstands „nach Lage der Dinge einiges“,<sup>8</sup> doch könne dies dahingestellt bleiben, weil § 35 StGB die Schuld ausschließe.<sup>9</sup> Aufgrund der Hartnäckigkeit und Unverfrorenheit des „Spanners“ habe eine Dauergefahr für die Erhaltungsgüter bestanden, bei der jederzeit ein Schaden eintreten konnte. Diese Gefahr habe nur durch die Schüsse endgültig abgewendet werden können. Auf vorläufige Maßnahmen, die die Gefahr nur hinausschieben, sei der Angeklagte nicht beschränkt gewesen. Mildere Mittel hätten ebenfalls nicht zur Verfügung gestanden, insbesondere sei die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe erfolglos geblieben. Daher sei die Tat nach § 35 StGB entschuldigt.

Im Ergebnis – Strafflosigkeit des Angeklagten – stimmt ein Großteil der Literatur jedenfalls bzgl. der Körperverletzung mit dem BGH überein.<sup>10</sup> Nur manche halten die Konsequenzen einer solchen Ausweitung individueller Abwehrbefugnisse für „unerträglich“. <sup>11</sup>Allerdings kritisieren auch die Befürworter des Ergebnisses, dass das Urteil die Frage nach einer Rechtfertigung offen lässt und stattdessen „nur“ eine Entschuldigung nach § 35 StGB<sup>12</sup> annimmt. Für den Angeklagten selbst und für die Rechtsgemeinschaft als solche sei wichtig, zu wissen, ob die Tat gerechtfertigt oder nur entschuldigt war. Außerdem hänge davon das Bestehen einer Notwehrbefugnis des Eindringlings ab.<sup>13</sup> Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung weisen manche

---

<sup>7</sup> Vgl. *Hirsch*, JR 1980, 115 (116); siehe auch *Kühl*, AT, § 8 Rn. 136: Hausrecht, allgemeiner Frieden des Hauses, Privatsphäre, allgemeine Handlungsfreiheit, Willensbetätigungsfreiheit, Gesundheit, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Intimsphäre, Nachtruhe.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris Rn. 8.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris Rn. 8–11.

<sup>10</sup> *Bottke*, JA 1980, 510 (513); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 98; *Hassemer*, JuS 1980, 699 f.; *Hirsch*, JR 1980, 115 ff.; *Hruschka*, NJW 1980, 21 ff.; *Jakobs*, AT, 12/27; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 361 mit Fn. 34; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 89; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 31; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 40; *Roxin*, FS *Jescheck*, S. 457 (482); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 86; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 473; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 37; wohl auch *Lesch*, FS *Dahs*, S. 81 (110). Kritik bei *Dencker*, FS *Frisch*, S. 477 (492); *Koch*, JA 2006, 806 (809 f.); *Ludwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, S. 170 und 202 ff.; *Schroeder*, JuS 1980, 336 ff.; vgl. auch *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 192.

<sup>11</sup> *Dencker*, FS *Frisch*, S. 477 (492).

<sup>12</sup> Gegen die Entschuldigung nach § 35 StGB, aber für Rechtfertigung *Koch*, JA 2006, 806 (809); *Hirsch*, JR 1980, 115; *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23); *Rengier*, AT, § 19 Rn. 40, § 26 Rn. 6; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 86; siehe auch *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 37.

<sup>13</sup> *Bottke*, JA 1980, 510 (513); *Koch*, JA 2006, 806 (807); *Hirsch*, JR 1980, 115 (115 und 117 f.); *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23); *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 473.

darauf hin, dass ein Fall des Defensivnotstands vorliege,<sup>14</sup> wodurch der Streit, ob dieser von § 34 StGB umfasst ist oder einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstellt,<sup>15</sup> relevant werde. Ansonsten dreht sich die Diskussion hauptsächlich um die Gegenwärtigkeit der Gefahr.<sup>16</sup> Es gehe vorliegend um eine Dauergefahr. Anders als der BGH annahm, sei zwar nicht jederzeit mit einem Schaden zu rechnen,<sup>17</sup> aber dennoch sofortiges Einschreiten nötig, um der Gefahr wirksam zu begegnen.<sup>18</sup> Allgemein weist schließlich *Friedrich-Christian Schroeder* darauf hin, dass es die Polizei war, die dem Täter bei seinem Hilfeersuchen zum Erwerb einer Waffe geraten hat.<sup>19</sup> Eine private Verteidigung anstelle staatlicher Gefahrenabwehr sei von den Verwaltern des staatlichen Gewaltmonopols also sogar noch gefördert worden. Andererseits sei es aber selbst dem wohlhabendsten Staat nicht möglich, seine Bürger umfassend zu schützen.

Was den Verstoß gegen das WaffG angeht, wollen manche die Delikte aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgüter (körperliche Unversehrtheit bei §§ 223, 224 StGB und öffentliches Interesse an der Kontrolle des Waffenbesitzes beim WaffG) unterschiedlich beurteilen.<sup>20</sup> Beim Verstoß gegen das WaffG liege kein Defensiv-, sondern ein Aggressivnotstand vor, weil nicht in Rechtsgüter des konkreten Störers, sondern in ein Rechtsgut der Allgemeinheit, von welcher keine Gefahr ausgehe, eingegriffen werde. Diese Tat sei nicht erforderlich: Mit dem Antrag auf behördliche Erlaubnis hätte ein legales Mittel zur Verfügung gestanden, und weil der Angeklagte eine solche Erlaubnis nicht beantragte, sei eine Rechtfertigung des Waffendelikts ebenso zu verneinen wie eine Entschuldigung.<sup>21</sup>

### bb) Krieg gegen Rechtsradikale

Das Verhältnis zwischen polizeilicher und privater Gefahrenabwehr problematisiert auch der nächste Fall, der den BGH im Jahr 1993 beschäftigte.<sup>22</sup> Angeklagt waren

<sup>14</sup> Siehe nur *Jescheck/Weigend*, AT, S. 365; *Koch*, JA 2006, 806 (809); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 136; *Hirsch*, JR 1980, 115 (116f.); *Hruschka*, NJW 1980, 21 (22); *NK/Neumann*, § 34 Rn. 89; *Schroeder*, JuS 1980, 336 (337).

<sup>15</sup> Dazu unten C.III, S. 157 ff. m. N.

<sup>16</sup> *Dencker*, FS Frisch, S. 477 ff.; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 98; *Hassemer*, JuS 1980, 699; *Koch*, JA 2006, 806 (809f.); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 69; *Ludwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, S. 169 ff.; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 17; *Schroeder*, JuS 1980, 336 (337 ff.); *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 71; siehe aber auch *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (110f.).

<sup>17</sup> So aber aufgrund der psychischen Belastung *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 98.

<sup>18</sup> So etwa *Hruschka*, NJW 1980, 21 (22); *Koch*, JA 2006, 806 (808f.); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 69; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 57; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 17; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 21; *Schroeder*, JuS 1980, 336 (339); *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 71.

<sup>19</sup> *Schroeder*, JuS 1980, 336 (342).

<sup>20</sup> *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23).

<sup>21</sup> Ebd., ebenso *Schroeder*, JuS 1980, 336 (340).

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris = BGHSt 39, 133 = NStZ 1993, 558 = NJW 1993, 333 = JZ 1994, 310 = JR 1994, 421 = StV 1993, 576.

zwei Betreiber eines Bordells wegen mittäterschaftlichen Mordes (§§ 211, 212 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB), weil sie u. a. einen Menschen erschossen und eine Gruppe Jugendlicher mit einer Schusswaffe bedroht hatten. Das Todesopfer war Anführer einer Gruppe von „Rechtsradikalen“, die als Gegner der gewerblichen Prostitution die Einrichtung der Angeklagten stürmen und „plattmachen“ wollten. Die Angeklagten erfuhren von dem Vorhaben, verzichteten jedoch darauf, die Polizei einzuschalten, weil sie die Sache selbst in die Hand nehmen und „Krieg führen“ wollten. Wäre die Polizei spätestens 15 Minuten vor dem Tatgeschehen benachrichtigt worden, hätte sie die Gefahr abwenden können. Wie geplant trafen stattdessen die Angeklagten und die Rechtsradikalen aufeinander. Zunächst forderte einer der Angeklagten die Gruppe mit Hinweis auf seine Schusswaffe auf, zu gehen. Als sich der Anführer der Gruppe trotzdem näherte, den Angeklagten zu provozieren begann und sich die Situation zuspitzte, erschoss ihn der Angeklagte. Aus Sicht des § 34 StGB und des hier verfolgten Forschungsvorhabens ist die Konstellation des Falls einfach: Es stehen sich Leben und körperliche Unversehrtheit von Eingriffsoffer und Notstandstäter gegenüber; staatlicherseits hätte die Gefahr möglicherweise durch polizeiliches Eingreifen abgewehrt werden können.

Der BGH beschäftigt sich zuerst mit der Bedrohung der Gruppe mit der Schusswaffe.<sup>23</sup> Diese als Nötigung (§ 240 StGB) beurteilte Tat sei mangels Gegenwärtigkeit des Angriffs nicht wegen *Notwehr* gerechtfertigt.<sup>24</sup> Auch eine Rechtfertigung wegen Notstands lehnt der BGH ab. Die durch das Verhalten der Rechtsradikalen verursachte gegenwärtige Gefahr hätte anders als durch die Notstandstat, nämlich durch Benachrichtigung der Polizei, welche zur Abwehr willens und in der Lage gewesen wäre, abgewendet werden können.<sup>25</sup> Auch handelten die Angeklagten verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB.<sup>26</sup> Das Recht zur Erzwingung von Gesetzestreue komme in erster Linie dem Staat zu. „Der Rechtsfrieden wäre empfindlich gestört und der Eskalation der Gewalt Tür und Tor geöffnet, wenn es sich befehdenden Gruppen gestattet wäre, ihre Auseinandersetzung unter Verzicht auf die Einschaltung der Polizei [...] selbst auszutragen.“<sup>27</sup> Auch die Tötung des Anführers der Gruppe sei demnach rechtswidrig.<sup>28</sup>

Die Literatur begrüßt die Aussagen des BGH zur Rechtswidrigkeit und Verwerflichkeit der Nötigung überwiegend.<sup>29</sup> V. a. die Feststellung des Gerichts, dass Fälle

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 9–16.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 13.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 14.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 15.

<sup>27</sup> Ebd.

<sup>28</sup> Zum hier nicht relevanten § 33 StGB siehe BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 18–22.

<sup>29</sup> Schönke/Schröder/Eisele, § 240 Rn. 19a; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 231; Petersen, JA 2017, 502 (507); Roxin, NStZ 1993, 335; ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 85; MüKoStGB/Sinn, § 240 Rn. 132; im Ergebnis auch Arzt, JZ 1994, 314; auf die Probleme des § 33 StGB wird hier nicht eingegangen, siehe dazu etwa Müller-Christmann, JuS 1994, 649 ff.; Drescher, JR 1994, 423 ff.

von „Präventivnotwehr“ nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt sind, wenn die Gefahr mit obrigkeitlicher Hilfe hätte abgewehrt werden können, wird positiv hervorgehoben.<sup>30</sup> Präventive Unrechtsvermeidung sei allein Aufgabe staatlicher Organe.<sup>31</sup> „Wer staatliche Hilfe rechtzeitig in Anspruch nehmen kann, muss sich dieser Zwangsmittel [...] bedienen und darf nicht unter Missachtung des staatlichen Gewaltmonopols Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel anwenden.“<sup>32</sup> Nur so lasse sich eine Eskalation der Gewalt im Rahmen privater Gruppenfehden<sup>33</sup> und eine Aushöhlung des staatlichen Gewaltmonopols<sup>34</sup> vermeiden. Dementsprechend sieht *Gunther Arzt* in der Entscheidung den „Versuch, gegen die Flut der Privatjustiz [...] einen Damm zu errichten“<sup>35</sup>.

Insbesondere *Heiko Lesch* kritisiert die Entscheidung jedoch.<sup>36</sup> Das bei Missachtung eines Vorrangs staatlicher Zwangsmittel<sup>37</sup> verwirklichte Unrecht, sich als Privater staatliche Kompetenzen anzumaßen, unterscheide sich vom Nötigungsunrecht des § 240 StGB.<sup>38</sup> Zwar sei immer, wenn die Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols an bestimmte Verfahrensgarantien geknüpft ist, bei einer Anmaßung staatlicher Befugnisse durch Private zugleich auch § 240 StGB erfüllt. Im konkreten Fall gehe es aber nicht um Nötigungsunrecht, sondern nur um spezifisches Unrecht gegen das staatliche Gewaltmonopol.<sup>39</sup> Weiterhin wird die Argumentation des BGH zur Erforderlichkeit kritisiert.<sup>40</sup> Richtig besehen stelle obrigkeitliche Hilfe in der konkreten Situation keine geeignete Alternative dar, sodass es an einer tatsächlichen Konkurrenzsituation zwischen privater und staatlicher Verteidigung fehle. Vielmehr ziele der BGH nicht auf das Merkmal der Erforderlichkeit, sondern auf ein „normativ fundiertes Prinzip der Subsidiarität privater Verteidigung gegenüber der Inanspruchnahme staatlicher Organe“<sup>41</sup> ab. Ein solches Prinzip der Subsidiarität setze jedoch eine faktische Konkurrenzsituation zwischen staatlicher und privater Abwehr voraus; daran fehle es vorliegend.<sup>42</sup> Insgesamt sei es „geradezu grotesk“, dass sich das Recht auf die Seite der „Rechtsradikalen“ stelle, welche die Privatfehde eröffnet und den Rückfall in den status naturalis erst begründet hätten.<sup>43</sup>

<sup>30</sup> *Roxin*, NStZ 1993, 335; allgemein auch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 231; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 52; ausführlich *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 313 ff.

<sup>31</sup> *Schönke/Schröder/Eisele*, § 240 Rn. 19a; *NK/Kindhäuser*, § 32 Rn. 56; *MüKoStGB/Sinn*, § 240 Rn. 132.

<sup>32</sup> *MüKoStGB/Sinn*, § 240 Rn. 132.

<sup>33</sup> *Roxin*, NStZ 1993, 335.

<sup>34</sup> *Petersen*, JA 2017, 502 (507).

<sup>35</sup> *Arzt*, JZ 1994, 314.

<sup>36</sup> *Lesch*, StV 1993, 578 (580 ff.); *ders.*, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, S. 62; *ders.*, FS Dahs, S. 81 (112).

<sup>37</sup> Siehe hierzu bei § 240 StGB *MüKoStGB/Sinn*, § 240 Rn. 132 ff. m. w. N.

<sup>38</sup> *Lesch*, StV 1993, 578 (580).

<sup>39</sup> *Ebd.*

<sup>40</sup> *Lesch*, StV 1993, 578 (581 f.).

<sup>41</sup> *Lesch*, StV 1993, 578 (581).

<sup>42</sup> *Lesch*, StV 1993, 578 (582).

<sup>43</sup> *Lesch*, StV 1993, 578 (580).

## cc) Zwischenbemerkungen

Die Gegenüberstellung der ersten beiden Fälle zeigt, dass das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren v. a. eine Frage des Verhältnisses zwischen privatem und staatlichem Schutz ist<sup>44</sup> – sowohl was die Täter als auch was die Eingriffsoffer angeht. Unter diesem Gesichtspunkt treten jedoch zugleich Unterschiede in der rechtlichen Bewertung ans Licht. Im „Spanner“-Fall verweigerte die Polizei den Eheleuten staatlichen Schutz und forderte sie dazu auf, sich selbst zu helfen. Deshalb zog der BGH eine Notstandsrechtfertigung in Betracht. Beim „Krieg gegen Rechtsradikale“ kamen die Angeklagten einer möglichen staatlichen Schutzverweigerung in der konkreten Situation zuvor und wurden unmittelbar selbst tätig – und vom BGH u. a. aufgrund eines Vorrangs staatlicher Rechtsdurchsetzung verurteilt. Jeweils war in der konkreten Situation nicht mit staatlichem Schutz zu rechnen, aber die Bewertung der Taten fiel unterschiedlich aus. Auch seitens des Eingriffsoffers besteht ein Interesse an staatlichem Schutz – diesmal z. B. an Schutz durch die Einhaltung etwaiger Verfahrensgarantien, auf die *Lesch* zu Recht hinweist.<sup>45</sup> Der Umstand wurde jedoch im „Spanner“-Fall nicht thematisiert. Insgesamt wirft also bereits die Gegenüberstellung der ersten beiden Fälle Fragen auf.

## b) „Familienpflege“

Der nächste Fall landete im Jahr 1959 vor dem BGH.<sup>46</sup> Wegen Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) angeklagt waren die pflegenden Angehörigen einer an Wahnvorstellungen leidenden psychisch kranken Frau. Weil die Kranke, wenn sie sich in einem besonderen Erregungszustand befand, dazu neigte, weg zu laufen, und von den Angehörigen danach gesucht und vor möglichem selbst- und/oder fremdschädigenden Verhalten bewahrt werden musste, gingen diese dazu über, sie während solcher Phasen in ihr Schlafzimmer einzuschließen. Aus Sicht des § 34 StGB wurde also die Fortbewegungsfreiheit der psychisch Kranken beeinträchtigt, um ihre körperliche Unversehrtheit und das Eigentum Dritter zu schützen.<sup>47</sup> Für solche und ähnliche Situationen hält aber auch das Familienrecht in den §§ 1896 ff., 1906 BGB Regelungen bereit, welche für freiheitsentziehende Maßnahmen in § 1906 Abs. 2 S. 1 BGB wegen Art. 104 Abs. 2 GG eine Genehmigung durch das Betreuungsgericht voraussetzen. Hierzu ist das Verfahren für Unterbringungssachen nach §§ 312 ff. FamFG einzuleiten, in dem die Frau im Regelfall nach § 319 FamFG hätte angehört werden müssen.

<sup>44</sup> Auf staatliche Schutzpflichten verweist auch *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (573 ff.).

<sup>45</sup> Siehe nochmals *Lesch*, StV 1993, 578 (580).

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 16.06.1959 – 1 StR 191/59, BGHSt 13, 197 = NJW 1959, 1595 = JZ 1959, 776.

<sup>47</sup> Häufig (z. B. bei MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 228) wird der Fall ebenfalls in den Bereich der notwehrähnlichen Lage (dazu soeben B.II.2.a)) eingeordnet. Das liegt nahe, wenn von der Betroffenen primär Gefahren für andere, nicht nur für sich selbst, ausgehen. Letztere bilden jedoch den Schwerpunkt (wodurch der Fall in den strittigen Bereich der intrapersonalen Interessenkollisionen gelangt, siehe dazu nur *Engländer*, GA 2010, 15 ff.). Deshalb wird dieser Einordnung hier nicht gefolgt. Für die vorliegende Arbeit relevante Unterschiede ergeben sich aus der Einordnung ohnehin nicht.

Während die Vorinstanz noch auf diese gesetzlichen Voraussetzungen für eine zwangsweise Unterbringung der Kranken verwies, welche durch das eigenmächtige Vorgehen der Angeklagten umgangen worden seien,<sup>48</sup> hielt der BGH das Vorgehen der Angehörigen für gerechtfertigt. Erstens sei nur der Staat bei Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit an die entsprechenden Voraussetzungen, insbesondere den Richtervorbehalt, gebunden, nicht aber die privaten Angehörigen, weshalb von einer Umgehung keine Rede sein könne.<sup>49</sup> Zudem hätte auch ein Richter eine entsprechende Maßnahme anordnen müssen, weshalb das Versäumnis der Angeklagten nur darin bestehe, die ohnehin gebotene Maßnahme ohne Einschaltung des Richters getroffen zu haben. Dies sei aber gerade Kennzeichen des Notstandes.<sup>50</sup> Zweitens stelle die Beeinträchtigung durch die Angehörigen gegenüber einer staatlichen Maßnahme das mildere Mittel dar,<sup>51</sup> und drittens dürfe die familiäre Selbsthilfe nicht staatlicher Kontrolle und Reglementierung unterworfen werden, um ihren sittlichen Eigenwert zu erhalten.<sup>52</sup> Daher gelte eine Subsidiarität staatlichen Eingreifens in die Angelegenheiten der Familie.<sup>53</sup> Die Angeklagten seien mithin freizusprechen.

Jedenfalls im Ergebnis stimmt die Literatur dem BGH oft zu.<sup>54</sup> Häufig wird der Fall als Beispiel für eine Dauergefahr, in welcher ein Schaden jederzeit eintreten kann, angeführt.<sup>55</sup> Was den Richtervorbehalt angeht, meinen auch in der Literatur manche, dass Art. 104 Abs. 2 GG nur für Maßnahmen des Staates, nicht jedoch für solche privater Bürger gelte.<sup>56</sup> *Claus Roxin* betont demgegenüber zwar, dass das Entmündigungsverfahren grundsätzlich nicht umgangen werden dürfe. Im konkreten Fall stellten innerfamiliäre Maßnahmen jedoch den schonenderen Eingriff dar. Das begründe eine Ausnahme von einem Vorrang staatlicher Verfahren.<sup>57</sup> Andere sehen die Entscheidung kritisch.<sup>58</sup> Viele verweisen darauf, dass staatliche Kontrolle familiäre Initiativen nicht vollständig untersagen, aber die hierbei bestehende Missbrauchsgefahr begrenzen und eine Einsperrung unter menschenunwürdigen Behandlungen verhindern wolle.<sup>59</sup> Die Argumentation mit dem Subsidiaritätsgedanken sei demge-

<sup>48</sup> BGHSt 13, 197 (198).

<sup>49</sup> BGHSt 13, 197 (199 f.).

<sup>50</sup> BGH NJW 1959, 1595 (1596); insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 13, 197 ff.

<sup>51</sup> BGHSt 13, 197 (199).

<sup>52</sup> BGHSt 13, 197 (201 f.).

<sup>53</sup> BGHSt 13, 197 (202).

<sup>54</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 140; *Lampe*, NJW 1968, 88 (90); *Roxin*, FS Jescheck, S. 457 (481); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 53; *Sax*, JZ 1959, 778 ff.; vgl. auch *Lenckner*, GA 1985, 295 (298); wohl auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (65 f.).

<sup>55</sup> *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 97; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 65; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 56; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 17; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 21; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 70.

<sup>56</sup> *Sax*, JZ 1959, 778.

<sup>57</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 53; vgl. auch bereits *Roxin*, FS Jescheck, S. 457 (481); ebenso *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 222.

<sup>58</sup> *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 9 Rn. 28; *Jakobs*, AT, 13/42 und 49; *NK/Sonnen*, § 239 Rn. 21; zweifelnd *Fischer*, § 239 Rn. 11.

<sup>59</sup> *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 9 Rn. 28; *NK/Sonnen*, § 239 Rn. 21.

genüber zu allgemein. Um die Verfahrenssicherungen staatlicher Maßnahmen nicht zu umgehen, sei die Tat nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB.<sup>60</sup>

Insgesamt wiederholen sich manche bereits aus den beiden vorstehenden Fällen bekannten Probleme. Insbesondere ist fraglich, ob und inwieweit Verfahrenssicherungen zum Schutz der psychisch Kranken (insbesondere Art. 104 Abs. 2 GG) für den Vorrang staatlicher Verfahren relevant sind. Abermals steht zudem eine gewisse Dringlichkeit im Raum, wenn argumentiert wird, dass die Dauergefahr nur durch sofortiges Einschreiten abgewehrt werden kann. Wie im „Krieg gegen Rechtsradikale“ unterließen es die Angeklagten, staatliche Hilfe einzuschalten; die rechtliche Bewertung fiel jedoch unterschiedlich aus. Schließlich betont sowohl der BGH als auch *Roxin* die geringere Eingriffsintensität privaten Vorgehens im Vergleich zu staatlicher Gefahrenabwehr, doch ist fraglich, ob das Verhältnis zwischen Staat und Privaten nur von der Eingriffsintensität abhängt.<sup>61</sup>

### c) Kollision von Vermögenswerten

In den beiden nun folgenden Fällen befasste sich der BGH mit der Kollision von Vermögenswerten. Jeweils wurden zur Verhinderung eines Vermögensverlusts oder des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit Teile des Vermögens Dritter unterschlagen und/oder veruntreut. Damit standen sich aus Sicht des rechtfertigenden Notstands die gleichen Individualrechtsgüter – das Vermögen der Täter und der Geschädigten – gegenüber. Zum Umgang mit finanzieller Not oder drohender Zahlungsunfähigkeit sieht beispielsweise das Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht besondere Verfahren vor, die möglicherweise vorrangig sein könnten.

#### aa) Konzertreise-Fall

Im ersten Fall des BGH aus dem Jahr 1958<sup>62</sup> waren ein Angestellter einer staatlichen Musikakademie wegen Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 und 2 StGB) und Untreue (§ 266 StGB) und dessen Vorgesetzter wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat im Amt (§ 357 StGB) angeklagt. Aufgabe des Angestellten war die Verwaltung des Kassenbestands der Akademie. Aus dieser Konzertkasse entwendete er auf Anregung seines Vorgesetzten Geld (5.000 DM), um eine Konzertreise eines anderen Vereins (mit) zu finanzieren.<sup>63</sup> Ohne die so erhaltenen finanziellen Mittel hätte die Reise nicht stattfinden können und das zur Deckung der Vorbereitungskosten bereits eingesetzte Geld (80.000 DM) wäre verloren gewesen.

Der BGH hielt eine Rechtfertigung der Taten wegen Notstands für möglich.<sup>64</sup> Mit der Tat sei der durch eine Absage der Reise drohende Verlust der Vorbereitungskosten

<sup>60</sup> *Jakobs*, AT, 13/42 und 49.

<sup>61</sup> Dazu unten C.IV.2.b), S. 174 ff.

<sup>62</sup> BGH, Urt. v. 13.11.1958 – 4 StR 199/58 –, juris = BGHSt 12, 299 = NJW 1959, 584 = JZ 1959, 493.

<sup>63</sup> Sachverhalt vereinfacht.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 13.11.1958 – 4 StR 199/58 –, juris Rn. 31–33.

ten abgewendet worden. Nicht nur aufgrund der Größenordnung (5.000 DM zum „Schutz“ von 80.000 DM), sondern auch wegen der künstlerischen und politischen Bedeutung der Konzertreise überwiege das geschützte Interesse das beeinträchtigte. Deshalb wurden die vorinstanzlichen Verurteilungen aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen.

### *bb) Mandantengelder-Fall*

Einen vergleichbaren Fall entschied der BGH im Jahr 1976.<sup>65</sup> Ein Rechtsanwalt und seine Bürovorsteherin waren wegen Untreue (§ 266 StGB) bzw. Beihilfe zur Untreue (§§ 266, 27 Abs. 1 StGB) angeklagt. Um Bankforderungen ihrer Kanzlei, für deren Begleichung keine ausreichenden eigenen Mittel vorhanden waren, zu erfüllen und der Zahlungsunfähigkeit zu entgehen, griffen die Angeklagten auf Schadensersatzleistungen zurück, die von Haftpflichtversicherungsanstalten an ihre Mandanten auf ein besonderes Bankkonto überwiesen worden waren. Weil sie mit der Verwendung der ihren Mandanten zustehenden Gelder die wirtschaftliche Existenz der Kanzlei erhalten und das Ansehen der Anwaltschaft schützen wollten, stand eine Rechtfertigung nach § 34 StGB im Raum.

Anders als im Konzertreise-Fall erteilte der BGH einer Rechtfertigung nun eine Absage.<sup>66</sup> Innerhalb der Interessenabwägung stelle ein rechnerischer Schadensvergleich zwar einen, aber nicht den einzig relevanten Umstand dar. Dass die drohende Zahlungsunfähigkeit im Unterschied zum Konzertreisefall<sup>67</sup> selbstverschuldet<sup>68</sup> war, mindere das Gewicht des geschützten Interesses.<sup>69</sup> Außerdem diene die Tat nicht dem Ansehen der Anwaltschaft. Dieses werde durch die Veruntreuung von Mandantengeldern mehr beschädigt als durch einen wirtschaftlichen Zusammenbruch einer Kanzlei.<sup>70</sup> Am Urteil im Konzertreise-Fall werde jedoch festgehalten.<sup>71</sup>

### *cc) Literatur zur Kollision von Vermögenswerten*

Dass vom BGH im Konzertreise-Fall eine Notstandsrechtfertigung für möglich gehalten wurde, trifft in der Literatur auf Widerspruch.<sup>72</sup> So zeigt sich beispielsweise *Paul Bockelmann* „überrascht“ über die Ausführungen des BGH: „Dass man wirt-

<sup>65</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris = NJW 1976, 680 = JZ 1976, 250 = JR 1977, 26.

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 9–14.

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 14.

<sup>68</sup> Dazu kritisch *Küper*, JZ 1976, 515 (518).

<sup>69</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 12.

<sup>70</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 13.

<sup>71</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 14.

<sup>72</sup> *Bockelmann*, JZ 1959, 495 ff.; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *Jakobs*, AT, 13/38; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 362 (mit Fn. 36) und 364; *NK/Kindhäuser/Hoven*, § 266 Rn. 124; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 27 f.; *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 71 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224 (mit Fn. 199); *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *LK/Schünemann*, § 266 Rn. 199; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 38.

schaftliche Nachteile, die dem einen drohen, nicht dadurch abwenden darf, dass man einem anderen solche Nachteile zufügt, ist doch wohl selbstverständlich.<sup>73</sup> Er führt dies auf drei Gründe zurück: Erstens verlange eine Notstandsrechtfertigung eine spezifische Kollisionsbeziehung zwischen Eingriffs- und Erhaltungsgut, woran es hier fehle.<sup>74</sup> Zweitens entscheide nicht allein die Saldierung materieller Interessen über die Rechtfertigung, sondern die Tat müsse auch angemessen sein. Dies sei aber nicht der Fall, weil die Vorschriften der Rechtsordnung über Vermögensverhältnisse und deren Schutz nicht unter dem Vorbehalt, dass die Abwendung hoher Verluste durch die Zufügung kleinerer erreicht werden kann, stünden.<sup>75</sup> Drittens schließlich sei die Verfolgung kulturpolitischer Zwecke, die der Konzertreise vom BGH unterstellt werden, ein Interesse des Staates, und zugunsten der Allgemeinheit dürfe nur dann Nothilfe geübt werden, wenn die Staatsorgane ihrer Aufgabe zur Gefahrenabwehr nicht nachkommen können.<sup>76</sup> Nach alledem sei die Notstandshandlung im Konzertreise-Fall nicht angemessen und daher nicht gerechtfertigt.

Der *Ablehnung* einer Rechtfertigung im Mandantengelder-Fall wird im Anschluss daran zumindest im Ergebnis häufig zugestimmt,<sup>77</sup> auch wenn manche Kritik an der dogmatischen Begründung üben. Zunächst wird *Bockelmanns* zweites Argument verallgemeinert und auf den Mandantengelder-Fall angewendet: „Die Rechtsfolgen finanzieller Leistungsunfähigkeit sind im Zwangsvollstreckungs-, Vergleichs- und Konkursrecht abschließend geregelt und lassen für „Zwangsanleihen“ im Verfahren der Selbsthilfe keinen Raum.“<sup>78</sup> Viele sehen hierin einen Anwendungsfall der Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren, welche die Angemessenheit der Notstandstat ausschließe.<sup>79</sup> Eine Notstandsrechtfertigung bei Geldmangel sei nur möglich, wenn der Einleitung dieser Verfahren äußere Hindernisse entgegen stehen.<sup>80</sup> Außerdem sei die Notstandshandlung weder zur Abwehr der Gefahr für das Ansehen der Anwaltschaft noch zur Sanierung der Kanzlei im Sinne des § 34 StGB geeignet gewesen. Sie habe allenfalls zu einer Verzögerung des wirtschaftlichen Zusammenbruchs geführt.<sup>81</sup> Teilweise wird auch schon das Vorliegen einer Notstandslage ver-

<sup>73</sup> *Bockelmann*, JZ 1959, 495 (498); dort auch das vorherige Zitat.

<sup>74</sup> *Bockelmann*, JZ 1959, 495 (498). Das Erfordernis wird heute nahezu einhellig abgelehnt, siehe nur *Küper*, JZ 1976, 515 (516); *Grebing*, GA 1979, 81 (87f.); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 129; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 37; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 156f., jeweils m. w. N.

<sup>75</sup> *Bockelmann*, JZ 1959, 495 (498).

<sup>76</sup> Ebd.

<sup>77</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (90); *Kienapfel*, JR 1977, 27 f.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 82; *Küper*, JZ 1976, 515 ff.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 29; *ders.*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, S. 583 (595); *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54.

<sup>78</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54.

<sup>79</sup> *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *NK/Kindhäuser/Hoven*, § 266 Rn. 124; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 178; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *LK/Schünemann*, § 266 Rn. 199.

<sup>80</sup> *Jakobs*, AT, 13/37; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 120.

<sup>81</sup> *Kienapfel*, JR 1977, 27 (27 f.); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 82; *Küper*, JZ 1976, 515 (517); *NK/Neumann*, § 34 Rn. 61; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 19; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 91; zweifelnd *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 111.

neint.<sup>82</sup> Bei wirtschaftlicher Not handle es sich um eine von jedermann zu tragende Gefahr, die keine Notstandsgefahr begründe.<sup>83</sup> Anderen zufolge fehlt es bereits am notstandsfähigen Rechtsgut, weil das Vermögen rechtlich nicht umfassend, sondern nur gegen bestimmte Angriffe geschützt ist.<sup>84</sup>

Vereinzelt finden sich allerdings auch Stimmen, die eine Rechtfertigung in Fällen des Geldmangels für möglich halten und dem BGH im Konzertreise-Fall zustimmen.<sup>85</sup> Zwar gelte im Rahmen der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB grundsätzlich ein Vorrang rechtlich geordneter Verfahren, allerdings reiche dieser nur so weit, wie das Verfahren als abschließende Regelung anzusehen sei. Allen Vorschriften mit Vermögensbezug einen umfassenden Ausschluss im Sinne einer abschließenden Sonderregel zu entnehmen, liege aber fern.<sup>86</sup> U. a. durch die hohen Anforderungen an die Interessenabwägung, welche im Mandantengelder-Fall aufgestellt werden, sei nicht zu befürchten, dass die Möglichkeit einer Notstandsrechtfertigung bei Geldmangel als Aufforderung zur Lösung finanzieller Probleme durch Straftaten verstanden wird.<sup>87</sup> § 34 StGB sei daher auch in Fällen, in welchen sich mehrere Vermögensinteressen gegenüberstehen, anwendbar.<sup>88</sup>

#### dd) Zwischenbemerkungen

Wenngleich sowohl die Fälle zur Kollision von Vermögenswerten als auch die zuvor behandelten Beispiele das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren problematisieren, werden unterschiedliche Argumente vorgebracht und verschiedene Ergebnisse erzielt. Erstens scheint eine bislang noch nicht thematisierte Verbindung zwischen der Notstandsfähigkeit eines Rechtsguts und staatlichen Verfahren zu bestehen, wenn argumentiert wird, das Vermögen sei nur gegen bestimmte Angriffe geschützt. Zweitens bestimmt, wer danach fragt, ob das bürgerliche Vermögensrecht eine abschließende Sonderregelung beinhaltet und andere Wege zum Schutz des Vermögens ausschließt, das Verhältnis zwischen Notstand und staatlichen Verfahren v. a. anhand einer Auslegung der jeweiligen Verfahrensordnung und nicht, wie in den Fällen zuvor, mit Blick auf die einzelnen Beteiligten und deren Schutz. Weil in allen bislang beschriebenen Beispielen das Verhältnis zu staatlichen Verfahren problematisch ist, fragt sich jedoch, weshalb hier anders argumentiert wird als vorher.

<sup>82</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 28; Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 70–77; LK/Zieschang, § 34 Rn. 38.

<sup>83</sup> LK/Zieschang, § 34 Rn. 38; kritisch dazu MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 90.

<sup>84</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 28; ders., in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (592); kritisch dazu MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 71.

<sup>85</sup> Greco, ZStW 134 (2022), 1 (86f.); Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 130–144; wohl auch Fischer, § 34 Rn. 23; Schönke/Schröder/Perron, § 266 Rn. 48; Nachweise zum älteren Schrifttum bei Kienapfel, JR 1977, 27.

<sup>86</sup> Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 133.

<sup>87</sup> Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 139 ff.

<sup>88</sup> Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 144.

*d) Wohnungsnot, Bergnot und Überschwemmung**aa) Hausbesetzer-Fälle*

In den nächsten Beispielen geht es um die Rechtswidrigkeit von Hausbesetzungen. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen ein Täter in fremde Wohnungen eindringt und sich dort niederlässt, um damit entweder der eigenen Obdachlosigkeit zu entgehen oder (auch) gegen die aus seiner Sicht falsche staatliche Wohnungspolitik zu protestieren. Bei § 34 StGB stehen sich dann das Hausrecht des Betroffenen als Eingriffs- und die körperliche Unversehrtheit, Gesundheit etc. des Täters oder Dritter als Erhaltungsgut gegenüber. Staatlicherseits ist an Hilfe durch die Polizeibehörden (Fälle der Obdachloseneinweisung<sup>89</sup>) oder durch die Sozialbehörden (z. B. §§ 35 ff. und §§ 67 ff. SGB XII) zu denken. Allgemeine Missstände im Wohnungsmarkt könnten zudem durch sozialpolitische Maßnahmen des Gesetzgebers beseitigt werden.

Einen solchen Fall hatte im Jahr 1990 das AG Wiesbaden zu entscheiden.<sup>90</sup> Die Angeklagten verschafften sich Zutritt zu einem leerstehenden Haus einer gemeinnützigen Wohnungsgesellschaft, welche daraufhin Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs stellte. Aus den Urteilsgründen geht hervor, dass die Angeklagten damit für ein „kulturelles Stadtzentrum“ kämpfen und auf die angespannte Lage am Wohnungsmarkt aufmerksam machen wollten. Neben der hier nicht relevanten Frage, ob es sich überhaupt um ein taugliches Tatobjekt des § 123 StGB handelte,<sup>91</sup> setzte sich das AG mit der Möglichkeit einer Rechtfertigung der Angeklagten auseinander und lehnte eine solche im Ergebnis ab.<sup>92</sup> Es gehe nicht an, dass „Mitglieder der Gesellschaft sich an der Warteschlange der Wohnungssuchenden vorbeidrängen und sich ohne Berücksichtigung berechtigter Interessen anderer Wohnungssuchenden nehmen, was sie für richtig halten.“<sup>93</sup> Die Berufung auf Fehlentwicklungen in der Wohnungspolitik stelle kein bei § 34 StGB beachtliches Argument dar, denn „dies ergebe [...] eine Legalisierung der Selbsthilfe, für die Art. 14 II GG keine Grundlage bietet.“<sup>94</sup> Weitere Überlegungen zum Thema stellt das AG im Rahmen der Strafzumessung an. Mit Blick auf die berechtigten Interessen anderer Wohnungssuchender hätten die Angeklagten „mit einem erheblichen Maß von Egoismus“ gehandelt und „die Belange der Mehrheit der Gesellschaft als für sie belanglos abgetan.“<sup>95</sup> Zudem könne einer verfehlten Wohnungspolitik „nicht durch die Preisgabe der Rechts- und Eigen-

---

<sup>89</sup> Siehe dazu für das Polizeirecht *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 441 ff., 449 ff., 456 ff., 466 ff., 481 f.

<sup>90</sup> AG Wiesbaden, Urt. v. 12.10.1990 – 6 Js 70460/90 – 78 Cs, NJW 1991, 188.

<sup>91</sup> Zu dieser Frage auch OLG Köln, NJW 1982, 2674 einerseits und AG Stuttgart, StV 1982, 75 andererseits.

<sup>92</sup> AG Wiesbaden, NJW 1991, 188.

<sup>93</sup> Ebd.

<sup>94</sup> Ebd.; so auch in ähnlichem Kontext OLG Düsseldorf, NJW 1982, 2678 (2680).

<sup>95</sup> AG Wiesbaden, NJW 1991, 188 (189); dort auch das vorherige Zitat.

tumsordnung begegnet werden.<sup>96</sup> Daher wurden die Angeklagten wegen Hausfriedensbruchs verurteilt.

Zum gleichen Ergebnis kam das Kammergericht im Jahr 2015.<sup>97</sup> Die Entscheidungsbegründung deutet darauf hin, dass der wegen Hausfriedensbruchs Angeklagte ein Haus besetzt hatte, um damit einer – an der Besetzung zunächst unbeteiligten – obdachlosen Familie eine Unterkunft zu verschaffen. Auch das KG verneinte eine Rechtfertigung. Die Hausbesetzung stelle kein zur Beendigung der Obdachlosigkeit der Familie geeignetes Mittel dar, weil diese (noch) nicht an der Besetzung beteiligt gewesen sei.<sup>98</sup> Auch zur Vorbereitung der Beendigung der Obdachlosigkeit sei die Hausbesetzung ungeeignet, weil noch ungeklärt sei, ob die Hausrechtsinhaberin den Einzug der obdachlosen Familie in das Gebäude dulden werde.<sup>99</sup> Der Angeklagte hätte vielmehr um Erlaubnis bitten müssen.<sup>100</sup>

Die Literatur ist sich über die Rechtswidrigkeit der Hausbesetzung aus politischem Protest nahezu einig.<sup>101</sup> Missstände im Wohnungsmarkt berechtigten den Bürger nicht zur Selbsthilfe, sondern es sei Aufgabe des Gesetzgebers und der Verwaltung, für Abhilfe zu sorgen.<sup>102</sup> Gegen aus Sicht der Betroffenen unzureichende staatliche Maßnahmen könne zwar im Rahmen der Meinungs- und Versammlungsfreiheit demonstriert werden, aber der „Ausschluss jeder Form von Gewalt im Raume des öffentlichen Lebens bei der Austragung von Meinungsverschiedenheiten [sei] ein elementarer Verfassungsgrundsatz.“<sup>103</sup> Die sich aus Art. 14 Abs. 2 GG ergebende Sozialbindung des Eigentums stelle eine Pflicht gegenüber dem Staat bzw. der Gesellschaft dar, die nicht vom einzelnen Bürger im Wege der Selbsthilfe durchgesetzt werden könne. Diese Pflicht müsse vielmehr erst gesetzlich konkretisiert werden, und der Bürger sei auf den Rechtsweg zu verweisen.<sup>104</sup> Mit Blick auf § 34 StGB liege bei allgemeinen Missständen auf dem Wohnungsmarkt außerdem bereits keine hinreichend konkrete Gefahr vor.<sup>105</sup> Teilweise wird bei solchen Formen politischen Protests aber eine Entschuldigung aufgrund bloß symbolischer Normverletzung angedacht.<sup>106</sup> Was Hausbesetzungen zur Vermeidung eigener oder – wie im Fall des Kammer-

<sup>96</sup> Ebd.

<sup>97</sup> KG, Beschl. v. 21.01.2015 – (5) 121 Ss 228/14 (11/14) –, juris.

<sup>98</sup> KG, Beschl. v. 21.01.2015 – (5) 121 Ss 228/14 (11/14) –, juris Rn. 8.

<sup>99</sup> KG, Beschl. v. 21.01.2015 – (5) 121 Ss 228/14 (11/14) –, juris Rn. 9.

<sup>100</sup> Ebd.

<sup>101</sup> *Artkämper*, Hausbesitzer, Hausbesetzer, Hausfriedensbruch, S. 224 ff.; *Degenhart*, JuS 1982, 330 (331); *NK/Eschelbach*, § 123 Rn. 42; *MüKoStGB/Feilcke*, § 123 Rn. 59; *Lackner/Kühl/Heger*, § 123 Rn. 6; *LK/M. Krüger*, § 123 Rn. 24; *Ostendorf*, JuS 1981, 640 (641); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 123 Rn. 33; *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT I, Rn. 576 („lässt sich nicht ernsthaft bezweifeln“).

<sup>102</sup> *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT I, Rn. 576; vgl. auch *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 123 Rn. 33.

<sup>103</sup> BGH, Urt. v. 29.10.1974 – VI ZR 182/73 –, BGHZ 63, 124–132 –, juris Rn. 10.

<sup>104</sup> *Ostendorf*, JuS 1981, 640 (641); *LK/M. Krüger*, § 123 Rn. 24; vgl. auch *MüKoStGB/Feilcke*, § 123 Rn. 59 und aus Sicht des Öffentlichen Rechts *Degenhart*, JuS 1982, 330 (331).

<sup>105</sup> *LK/M. Krüger*, § 123 Rn. 24.

<sup>106</sup> *Artkämper*, Hausbesitzer, Hausbesetzer, Hausfriedensbruch, S. 245 ff. (insbesondere S. 248–

gerichts – fremder Obdachlosigkeit angeht, so wird bei sogenannter „einfacher“ Obdachlosigkeit, bei der keine unmittelbare Gefahr für Leib oder Leben besteht,<sup>107</sup> ebenfalls eine Rechtfertigung verneint. Lediglich in Notfällen, d. h. bei „echter“ Obdachlosigkeit, sei eine vorübergehende Besetzung fremder Häuser nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>108</sup>

### bb) Bergsteiger-Fall

Der grundsätzlich ablehnenden Haltung der Rechtsprechung und großen Teilen der Literatur gegenüber einer Rechtfertigung von Hausbesetzungen steht ein Standardbeispiel des rechtfertigenden Notstands gegenüber: Ein Wanderer unternimmt eine Bergtour, und plötzlich zieht ein schweres Unwetter auf. Um sich vor den Naturgewalten zu retten, bricht der Wanderer die Tür zu einer fremden Berghütte auf und harrt dort bis zur Besserung der Wetterlage aus.<sup>109</sup> In dem Fall wird eine Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs nach § 34 StGB einhellig bejaht.<sup>110</sup> Dass zur Rettung des Wanderers auch staatliche Verfahren denkbar wären, sei unschädlich. Staatliche Hilfe könne nicht allgegenwärtig sein, sondern die Rechtfertigung des Wanderers stelle in diesem Fall einen „weitaus klügeren Umgang mit den begrenzten öffentlichen Mitteln dar als der Versuch, die Sicherheit der Wanderer dadurch zu gewährleisten, dass allabendlich vorsorglich Suchtrupps ausgesandt werden.“<sup>111</sup>

### cc) Überschwemmungs-Fall

Mit ganz anderen Naturgewalten hängt schließlich ein Urteil des AG Zerbst aus dem Jahr 2003 zusammen.<sup>112</sup> Mehrere Personen waren wegen Herbeiführung einer Überschwemmung (§ 313 StGB) angeklagt. Um zu verhindern, dass eine Ortschaft (Dorf I) infolge eines Deichbruchs überschwemmt wird, gruben die Angeklagten eine Öffnung in den Deich, sodass das herannahende Wasser durch diese Öffnung in einen

251). Teilweise wird das Problem auch auf Tatbestandsebene (siehe oben B. Fn. 91) oder durch teleologische Reduktion zu lösen versucht, siehe z. B. *Schön*, NJW 1982, 1126 ff.

<sup>107</sup> Von dieser die Obdachlosigkeit verharmlosenden Wortwahl im Schrifttum distanziert sich diese Arbeit.

<sup>108</sup> *Artkämper*, Hausbesitzer, Hausbesetzer, Hausfriedensbruch, S. 226 ff.; *MüKoStGB/Feilcke*, § 123 Rn. 59; *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 202; *Schall*, NStZ 1983, 241 (247); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 123 Rn. 33.

<sup>109</sup> Beispiel etwa bei *Jescheck/Weigend*, AT, S. 257; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 104; in einen Zusammenhang mit den Obdachlosen-Fällen gebracht bei *Hörnle*, in: dies./Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, S. 149 (170); aus dem internationalen Schrifttum *Bergelson*, Criminal Law and Philosophy 6 (2012), 289.

<sup>110</sup> *MüKoStGB/Feilcke*, § 123 Rn. 59; *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (79); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 225 f.; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 61; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 123 Rn. 33; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 70; vgl. auch *Bergelson*, Criminal Law and Philosophy 6 (2012), 289; ausnahmsweise anders im Fall des Vorverschuldens *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 37; hiergegen bereits *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 104.

<sup>111</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 225 f.

<sup>112</sup> AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris = NJ 2004, 181.

Polder<sup>113</sup> anstatt in das Dorf floss. Dorf 1 wurde gerettet und der Polder überflutet, jedoch – was die Angeklagten nicht vorhersahen – zugleich auch eine anliegende andere Ortschaft (Dorf 2). Eine Genehmigung zur Öffnung des Deiches durch den staatlich eigens zur Bekämpfung der Flut eingesetzten Katastrophenstab existierte nicht. Übertragen auf § 34 StGB standen sich die von § 313 StGB geschützten Individualrechtsgüter, insbesondere Leib, Leben und Eigentum der Bewohner von Dorf 1 und Dorf 2, gegenüber.<sup>114</sup> Alternativ stellt das Landeskatastrophenschutzgesetz (LKatSG) ein staatliches Verfahren zur Abwehr der Gefahr durch die Überschwemmung zur Verfügung.

Das AG verurteilte die Angeklagten. Eine Rechtfertigung der Tat nach § 34 StGB wurde verneint.<sup>115</sup> Es habe zwar eine gegenwärtige Gefahr für die Rechtsgüter der Bewohner in Dorf 1 bestanden, doch ergebe die Gesamtwürdigung kein wesentliches Überwiegen derselben.<sup>116</sup> Vielmehr überwiege „das allgemeine Interesse daran, dass in einer Notsituation die staatlich geschaffenen Katastrophenregularien eingehalten werden, das Interesse an individuellen Rechtsgütern.“<sup>117</sup> Allein der staatliche Katastrophenstab sei zur Entscheidung über die Maßnahmen zur Flutbekämpfung zuständig. Andernfalls würden Krisensituationen unkontrollierbar. Weil die Angeklagten jedoch davon ausgingen, dass das Wasser lediglich unbebaute Flächen fluten würde, nahm das AG einen Erlaubnistatbestandsirrtum an, welcher den Vorsatz ausschließe, und verurteilte die Angeklagten wegen fahrlässiger Herbeiführung einer Überschwemmung nach §§ 313 Abs. 2, 308 Abs. 6 StGB.<sup>118</sup>

Insbesondere *Matthias Krüger* begrüßt die Ausführungen des AG.<sup>119</sup> Er weist u. a. auf die Notwehrprobe hin: Die vom Deichbruch betroffenen Bewohner aus Dorf 2 wären bei einer Rechtfertigung der Tat zum Dulden der Überschwemmung verpflichtet, was zu einem „Wettlauf der von Naturgewalten Betroffenen, um sie auf andere umzulenken“,<sup>120</sup> führen würde. Das LKatSG bilde daher ein vorrangiges staatliches Verfahren und sperre § 34 StGB.<sup>121</sup>

#### *dd) Zwischenbemerkungen*

Die Hausbesetzer-Fälle, den Bergsteiger- und den Überschwemmungs-Fall miteinander zu vergleichen, verlangt ein gewisses Maß an gedanklicher Flexibilität. Allen Fällen lässt sich ein Verteilungsproblem entnehmen: Das AG Wiesbaden verweist auf

<sup>113</sup> Es handelt sich um ein eingedeichtes Gebiet, welches zum Hochwasserschutz gezielt geflutet werden kann.

<sup>114</sup> Zu den Rechtsgütern des § 313 StGB siehe MüKoStGB/*Krack*, § 313 Rn. 1.

<sup>115</sup> Dazu auch schon RG, Urt. v. 03.10.1933 – 2 D 974/31, JW 1933, 700 f.

<sup>116</sup> AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 92.

<sup>117</sup> AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 93.

<sup>118</sup> Das Berufungsgericht LG Dessau sprach die Angeklagten frei, vgl. NJ 2005, 576 (Urteil nicht veröffentlicht).

<sup>119</sup> *M. Krüger*, NJ 2004, 182 (183).

<sup>120</sup> Ebd.

<sup>121</sup> Ebd.

die „Warteschlange der Wohnungssuchenden“,<sup>122</sup> und *Krüger* sieht im Überschwemmungs-Fall die Gefahr eines Wettlaufs der Betroffenen.<sup>123</sup> Jeweils geht es darum, zu vermeiden, dass über § 34 StGB eine private Entscheidung über die „richtige“ Verteilung der zur Verfügung stehenden Wohnungen oder der Rettungschancen bei Hochwasser getroffen wird, die andere „Bewerber“ übergeht.<sup>124</sup> Freilich fällt der Bergsteiger-Fall aus der Reihe, weil es dort keine echte Konkurrenzsituation unter mehreren Interessenten gibt. Wer hier jedoch die Anzahl der Bergsteiger vergrößert und die Hütte verkleinert, gelangt zu einem ähnlichen Problem.

Der Bergsteiger-Fall wiederum lässt sich mit dem bereits bekannten „Spanner“-Fall (oben aa) vergleichen. Jeweils ist staatliche Hilfe mangels ausreichender Ressourcen in der konkreten Situation nicht verfügbar. Das begründete beim Ehemann im „Spanner“-Fall und beim Bergsteiger die Rechtfertigung. Offen bleibt aber, weshalb in den Hausbesetzer-Fällen nicht ebenfalls damit argumentiert wurde, dass keine ausreichenden Ressourcen zur Beseitigung der Obdachlosigkeit zur Verfügung stehen, sondern hier sozialpolitische Entscheidungen respektiert werden müssen.<sup>125</sup>

### 3. Schutz eines Kollektivrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts

In der zweiten Fallgruppe stehen sich individuelle und kollektive Rechtsgüter dergestalt gegenüber, dass zur Abwehr einer einem Rechtsgut der Allgemeinheit drohenden Gefahr ein Individualrechtsgut beeinträchtigt wird. In diesen Fällen wird die hier untersuchte Problematik besonders deutlich. Fraglich ist, wer zum Schutz der Interessen der Allgemeinheit berufen ist und wer die hierzu erforderlichen Lasten zu tragen hat.<sup>126</sup>

#### a) Tierschutz

##### aa) Tierschützer-Fall I

Der erste Fall betrifft den Vorwurf des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) gegen zwei Mitglieder einer Tierschutzorganisation.<sup>127</sup> Sie waren nachts in eine Tierzuchtanlage eingestiegen, nachdem sie Hinweise darauf, dass die dortigen Zustände gegen die

<sup>122</sup> AG Wiesbaden, NJW 1991, 188.

<sup>123</sup> *M. Krüger*, NJ 2004, 182 (183).

<sup>124</sup> Zum Wohnungsproblem im hiesigen Zusammenhang auch *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (70).

<sup>125</sup> Vgl. auch *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (72 mit Fn. 67); siehe auch unten C.II.2.c)cc), S. 123 f.

<sup>126</sup> Vgl. *Engländer*, JZ 2023, 255 (259 f.); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88).

<sup>127</sup> AG Haldensleben, Urt. v. 26.09.2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14) –, juris; LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris = StV 2018, 335; OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris = NJW 2018, 2064 = NStZ 2018, 472.

Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutzV)<sup>128</sup> verstoßen, erhalten hatten. Die Hinweise bewahrheiteten sich, und die Verstöße wurden von den Angeklagten bildlich festgehalten, um Beweismaterial zur Einleitung staatlicher Maßnahmen gegen die Anlagenbetreiberin zu sammeln. Schon in anderen Fällen nahmen die Behörden eine Anzeige solcher Verstöße nicht ernst, wenn sie nicht durch Bildmaterial o. ä. gestützt wurde. Spätere Untersuchungen ergaben, dass die Behörden im konkreten Fall von den tierschutzwidrigen Zuständen in der Anlage Kenntnis hatten, ohne dagegen einzuschreiten. Aus Sicht des § 34 StGB diente die Tat dem Schutz von Leben und Wohlbefinden der Tiere im Sinne des Tierschutzes, welcher als Rechtsgut der Allgemeinheit angesehen wird.<sup>129</sup> Beeinträchtigt wurde mit dem Hausrecht der Anlagenbetreiberin ein individuelles Rechtsgut. Als staatliches Verfahren zum Schutz des Tierwohls kommt z. B. ein präventives Verwaltungsverfahren aufgrund von § 16a TierSchG oder ein repressives Strafverfahren aufgrund von § 17 Nr. 2 lit. b) TierSchG bzw. ein Bußgeldverfahren nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) TierSchG i. V. m. der TierSchNutzV in Betracht. Im konkreten Fall blieben die Behörden untätig. Um gegen diese Untätigkeit vorzugehen und damit mittelbar das Wohl der Tiere zu schützen, stehen allgemein ebenfalls staatliche Verfahren zur Verfügung, z. B. Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) oder Klageerzwingungsverfahren (§ 172 Abs. 2 StPO).<sup>130</sup>

Die Gerichte waren sich bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Tierschützer im Ergebnis einig. In der ersten Instanz nahm das AG Haldensleben im Jahr 2016 das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungselemente des § 34 StGB an.<sup>131</sup> Ausführungen zum Verhältnis zu staatlichen Verfahren finden sich auf Ebene der Erforderlichkeit: Die Tat der Angeklagten stelle das mildeste Mittel dar, weil eine Anzeige bei den Behörden nicht erfolgsversprechend gewesen wäre. „Es ist zwar grundsätzlich primär staatliche Hilfe in Anspruch und das Recht nicht selbst in die Hand zu nehmen. Da aus Sicht der Angeklagten [...] nicht davon auszugehen war, dass mit Hilfe der staatlichen Stellen ein Erfolg herbeizuführen war, war [die Tat] in diesem Ausnahmefall das mildeste Mittel.“<sup>132</sup> Die Angeklagten wurden freigesprochen. Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin ging das Verfahren in die zweite Ins-

<sup>128</sup> Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung (Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung – TierSchNutzV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. August 2006 (BGBl. I S. 2043), zuletzt geändert durch Artikel 1a der Verordnung vom 29. Januar 2021 (BGBl. I S. 146).

<sup>129</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 20; siehe auch *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (176 ff.) m. w. N.; allgemein dazu z. B. MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 72–73; siehe zum Rechtsgut des TierSchG auch Hirt/Maisack/Moritz/Felde/*Hirt*, § 1 TierSchG Rn. 3; dadurch ist irrelevant, dass die Eigentümerin die tierschutzwidrige Haltung der Tiere billigte, vgl. *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (212).

<sup>130</sup> Auf verschiedene Möglichkeiten weisen auch hin *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (198); *Felde/Ort*, ZIS 2018, 468 (472); *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (62); *Scheuerl/Glock*, NSStZ 2018, 448 (450 mit Fn. 38).

<sup>131</sup> AG Haldensleben, Urt. v. 26.09.2016 – 3 Cs 224/15 (182 js 32201/14) –, juris Rn. 15–20.

<sup>132</sup> AG Haldensleben, Urt. v. 26.09.2016 – 3 Cs 224/15 (182 js 32201/14) –, juris Rn. 19.

tanz, welche im Jahr 2017 den Freispruch jedoch bestätigte. Hierzu stützte sich das LG Magdeburg erstens auf § 32 StGB<sup>133</sup> und nahm zweitens erneut eine Rechtfertigung nach § 34 StGB an.<sup>134</sup> Abermals betont das Gericht im Rahmen der Erforderlichkeit die primäre Zuständigkeit staatlicher Organe. Im konkreten Fall stelle staatliche Abhilfe jedoch kein milderes Mittel dar, weil die Behörden „weder Willens noch in der Lage [waren,] die [...] erforderlichen ordnungsrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen“.<sup>135</sup> Deshalb wurde die Berufung verworfen. Auch die Revision der Staatsanwaltschaft zum OLG Naumburg hatte keinen Erfolg (2018). Zur Feststellung von Gesetzesverstößen seien zwar grundsätzlich die zuständigen Behörden einzuschalten, und es sei im Grundsatz allein deren Aufgabe, Beweismittel für Rechtsverstöße zu sichern. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Einschaltung der Behörden von vornherein aussichtslos ist.<sup>136</sup> Der von der Staatsanwaltschaft befürchteten Gefahr, dass damit Tierschutzaktivisten „erhebliche Eingriffsrechte außerhalb rechtsstaatlich geregelter und kontrollierter Verwaltungsverfahren“<sup>137</sup> zugebilligt würden, trat das OLG mit dem Hinweis entgegen, dass eine Rechtfertigung nur bei sicherer Kenntnis von entsprechenden Rechtsverstößen möglich sei und das staatliche Gewaltmonopol nicht umgangen werden könne, wenn sich die Behörden „weigern, ihre Aufgaben zu erfüllen“.

Die Urteile zogen eine kontroverse Diskussion in der Literatur nach sich. Viele stimmen der Rechtfertigung der Tierschützer zu.<sup>138</sup> Zwar bleibe die vorrangige Zuständigkeit staatlicher Stellen zur Durchsetzung des TierSchG von § 34 StGB unberührt; die Norm stelle keinen Freibrief dafür aus, das staatliche Gewaltmonopol in Frage zu stellen. Wenn die Behörden aber gegen gesetzeswidrige Missstände nicht einschreiten, sei das Eingreifen von Bürgern nötig und möglich.<sup>139</sup> Vom Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr gelte eine Ausnahme, wenn staatliche Abhilfe von vornherein aussichtslos ist.<sup>140</sup> Bei sachwidriger Untätigkeit liege eine staatliche Entscheidung, die die Rechtfertigung nach § 34 StGB sperren könnte, gar nicht vor. Es wäre daher als staatlicher Selbstwiderspruch anzusehen, wollte man gleichwohl einen Vorrang des Verfahrens postulieren.<sup>141</sup> Außerdem hätten sich die Täter, indem sie

<sup>133</sup> LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris Rn. 19–20; zur Notwehrproblematik des Falls siehe *Greco*, JZ 2019, 390 ff.; *Rehm*, RW 2021, 356 ff.

<sup>134</sup> LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris Rn. 21–27.

<sup>135</sup> LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris Rn. 26.

<sup>136</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 22 und 25.

<sup>137</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 30; dort auch das folgende Zitat.

<sup>138</sup> *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (211); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 184 f.; *Felde/Ort*, ZIS 2018, 468 ff.; *Fischer*, § 123 Rn. 36a; *Hecker*, JuS 2018, 83 ff.; *Hotz*, NJW 2018, 2066; *A. Keller/Zetsche*, StV 2018, 337 ff.; im Ergebnis auch *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (364 ff.); *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (185 f.).

<sup>139</sup> *Hecker*, JuS 2018, 83 (84); *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (364); für § 32 StGB auch *A. Keller/Zetsche*, StV 2018, 337 (339).

<sup>140</sup> *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (183 ff.); ähnlich *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (363 ff.).

<sup>141</sup> *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214 f.).

nicht selbst vollendete Tatsachen geschaffen, sondern lediglich auf ein Tätigwerden des Staates hingewirkt haben, „mustergültig“ verhalten.<sup>142</sup> Zwar erwähnen manche die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Untätigkeitsklage, doch wird zugleich gesehen, dass die Angeklagten eine solche mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) nicht hätten erheben können. Das spreche für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB, denn den Angeklagten dürfe nichts rechtlich Unmögliches auferlegt werden.<sup>143</sup> Im Ergebnis hält *Bernd Hecker* fest: „Die [...] gezeigte Zivilcourage verdient [...] keine Bestrafung, sondern Respekt.“<sup>144</sup>

Kritiker sehen in alledem eine Auflösung des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>145</sup> Zunächst verneinen einige die Notstandsfähigkeit von Rechtsgütern der Allgemeinheit generell oder jedenfalls bzgl. des Tierschutzes.<sup>146</sup> Notrechte stellen Ausnahmen zum Gewaltmonopol und zur bürgerlichen Friedenspflicht dar, welche jedoch nur dann legitimiert werden könnten, wenn das Festhalten an dieser Friedenspflicht für den Einzelnen unzumutbar ist. Das sei lediglich bei der Gefährdung individueller Rechtsgüter der Fall. Außerdem sei die Tat zur Abwehr der Gefahr für den Tierschutz nicht geeignet gewesen, denn durch den Hausfriedensbruch und die Dokumentation der Zustände würde zwar auf staatliches Einschreiten hingewirkt, aber noch keine Tiere gerettet.<sup>147</sup> V. a. stünden die Entscheidungen aber im Widerspruch zu „fundamentalen Ordnungsprinzipien“, führten zu einer „Aushebelung des staatlichen Gewaltmonopols“ und öffneten der „Selbstjustiz Tür und Tor“.<sup>148</sup> Auch bei Untätigkeit staatlicher Stellen oder rechtswidrigem Verhalten des Staates dürfe der Einzelne nicht zur Selbstjustiz schreiten, sondern müsse sich an die nächst-höhere staatliche Stelle wenden oder gerichtlichen Rechtsschutz suchen.<sup>149</sup> Dass dies den Tätern mangels Klagebefugnis nicht möglich war, spreche nicht für, sondern gegen die Rechtfertigung; es bestehe kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch des Bürgers.<sup>150</sup> Andernfalls würden auch der Vorbehalt des Gesetzes und die Bindung des Staates an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vernachlässigt.<sup>151</sup> Das Verwaltungsrecht stelle ein geschlossenes System zum Normvollzug dar, welches nicht durch private Hilfspolizisten umgangen werden dürfe.<sup>152</sup> Aufgrund des Opportunitätsprinzips sei bei

<sup>142</sup> So *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (364); vgl. auch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 184 f.

<sup>143</sup> *Felde/Ort*, ZIS 2018, 468 (472).

<sup>144</sup> *Hecker*, JuS 2018, 83 (84).

<sup>145</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 ff.; *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 ff.; *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 ff.; wohl auch *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (74 ff.).

<sup>146</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (193 f.); *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (449); für einen alternativen Ansatz aus Sicht der personalen Rechtsgutslehre siehe *Neumann*, FS Merkel, Teilband 1, S. 791 (798); individuelle Interessen der Tiere als notstandsfähige Rechtsgüter.

<sup>147</sup> *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (450).

<sup>148</sup> Wörtliche Zitate von *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (450 f.); übereinstimmend *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (575); *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (194 ff.).

<sup>149</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (571); *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (451).

<sup>150</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (571); *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (199).

<sup>151</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (194 und 201).

<sup>152</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (199).

Einräumung behördlichen Ermessens das Absehen von der Durchsetzung objektiver Normen kein Notfall, sondern vom Bürger als staatliche Entscheidung hinzunehmen.<sup>153</sup> Zusammenfassend *Johannes Dietlein*: „Es macht eben doch einen Unterschied, ob der zuständige Mitarbeiter der Behörde tagsüber am Tor des landwirtschaftlichen Betriebs klopf, um die Stallungen zu kontrollieren, oder ob maskierte Unbekannte nachts über den Hof schleichen, Türen und Schlösser aufbrechen und ganze Familien in Angst und Schrecken versetzen.“<sup>154</sup>

#### *bb) Tierschützer-Fall II*

Nahezu zeitgleich ergingen zu einem ähnlichen Sachverhalt gegenteilige Urteile.<sup>155</sup> Abermals drangen Tierschutzaktivisten in die Anlagen eines Mastbetriebs ein, um die dortigen Zustände zu dokumentieren. Das Filmmaterial sollte die Öffentlichkeit über die Folgen der Massentierhaltung informieren und die Behörden zum Einschreiten veranlassen. Dabei kam es zu gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen dem Hausrechtsinhaber und den Angeklagten. Außerdem wurden die Haltungsbedingungen im Betrieb zwar als nicht vollkommen artgerecht beurteilt, aber anders als im ersten Fall keine Verstöße gegen das TierSchG festgestellt.

Alle Instanzen verneinten eine Notstandsrechtfertigung der Angeklagten. Das LG Heilbronn sah in dem Fall v. a. ein Problem des Demokratieprinzips. Es obliege allein dem Staat, zwischen ausreichender Fleischproduktion und Tierschutz abzuwägen.<sup>156</sup> Eine solche staatliche Entscheidung liege in der Zulassung der Massentierhaltung, und einem demokratischen System sei es fremd, „dass die Minderheit Mehrheitsentscheidungen durch Straftaten beeinflusst oder gar abändert.“<sup>157</sup> Ein Handeln, welches diese Mehrheitsregel umgehe, zu rechtfertigen führte zur Selbstaufgabe der Demokratie und des Rechtsfriedens.<sup>158</sup>

*Jochim Renzikowski* sieht den entscheidenden Unterschied zum ersten Fall darin, dass es den Angeklagten nicht um die Rettung der konkreten Tiere, sondern um eine Aktion des zivilen Ungehorsams ging.<sup>159</sup> Ansonsten nahm die Literatur nur vereinzelt Stellung zu den Urteilen.<sup>160</sup>

<sup>153</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (198 f.).

<sup>154</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (195).

<sup>155</sup> AG Schwäbisch Hall, Urt. v. 21.04.2016 – 4 Ds 41 Js 15494/15 (nicht veröffentlicht); LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799; ohne Begründung bestätigt von OLG Stuttgart, Beschl. v. 04.09.2018 – 2 Rv 26 Ss 145/18 (abrufbar unter dejure.org).

<sup>156</sup> LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799, Rn. 112.

<sup>157</sup> LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799, Rn. 131.

<sup>158</sup> LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799, Rn. 140.

<sup>159</sup> *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (365 f.); ebenso MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 185.

<sup>160</sup> Siehe z. B. die Bemerkungen in den Fußnoten bei *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 ff.

### cc) Zwischenbemerkungen

Die beiden Tierschützer-Fälle illustrieren, dass das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren im engen Zusammenhang mit der strafrechtlichen Bewertung des politischen Aktivismus im demokratischen Rechtsstaat steht. Die Taten der Tierschützer im zweiten Fall richten sich gegen eine gesetzgeberische Untätigkeit, bezogen auf ein Verbot der Massentierhaltung, die sie aus politischer Sicht für falsch halten, während sich die Tierschützer im ersten Fall gegen behördliche Untätigkeit wenden, die nicht nur aus ihrer Sicht politisch falsch, sondern auch rechtswidrig war. Unabhängig davon wird die vorliegende Untersuchung auch und v.a. staatliches Fehlverhalten im Blick behalten müssen.<sup>161</sup> Dabei weist die Diskussion um den ersten Tierschützer-Fall auf Rechtsschutzverfahren hin, deren Auswirkung auf § 34 StGB fraglich ist. Schließlich fällt auf, dass wie im „Krieg gegen Rechtsradikale“ v.a. mit dem staatlichen Gewaltmonopol oder mit verwandten Begriffen argumentiert wird, während schon beim „Familienpflege“-Fall deutlich wurde, dass staatliche Verfahren auch mit Blick auf den Schutz des Eingriffsopfers (dort: der psychisch Kranken und deren Grundrechte) betrachtet werden können. Fraglich ist also, wem ein wie auch immer gearteter Vorrang staatlicher Verfahren dient: dem Staat, dem Eingriffsoffer oder beiden?

### b) Gentechnik

#### aa) Feldbefreier-Fall I

Der nächste Fall beschäftigte im Jahr 2013 ebenfalls das OLG Naumburg.<sup>162</sup> Umweltaktivisten wurden wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) und Sachbeschädigung (§ 303 StGB) angeklagt, weil sie in das Gelände einer Forschungsanstalt für Gentechnik eingestiegen waren und die Hälfte der dort als Feldversuch angepflanzten Gen-Weizenpflanzen zerstört hatten. Ein solcher Feldversuch bedarf als Freisetzung eines gentechnisch veränderten Organismus im Sinne des § 3 Nr. 3 GenTG nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 GenTG der Genehmigung durch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) als nach § 31 S. 2 GenTG zuständiger Bundesoberbehörde. Diese wurde vorliegend zwar nach § 16 Abs. 1 GenTG erteilt, allerdings mit Auflagen (§ 36 Abs. 1 VwVfG, § 19 GenTG) bzgl. verschiedener Schutzmaßnahmen zur Verhinderung von Gefahren für die Umwelt verbunden.<sup>163</sup> Die Angeklagten be-

<sup>161</sup> Dazu allgemein unten E.III.2.b), S. 383 ff.

<sup>162</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris = NStZ 2013, 718 = StV 2014, 225; Vorinstanz: LG Magdeburg, Urt. v. 22.07.2012 – 28 Ns 35/11 (nicht veröffentlicht).

<sup>163</sup> Ob es sich hierbei tatsächlich um Auflagen im Sinne des § 36 VwVfG handelte, kann nicht mit Sicherheit beurteilt werden, weil der genaue Inhalt des Genehmigungsbescheids in den Urteilen nicht mitgeteilt wird. Weil das OLG Naumburg jedoch von „Auflagen“ spricht und solche der Sache nach naheliegen, wird davon ausgegangen, dass es sich um eine echte Auflage handelt. Zur Abgrenzung zu anderen Nebenbestimmungen und zur Inhaltsbestimmung allgemein *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR § 12 Rn. 15–18. Aus der Einordnung als Auflage folgt aber, dass ein Verstoß gegen diese den Haupt-Verwaltungsakt nicht rechtswidrig oder nichtig macht.

haupteten, mit ihrer Tat genau solche Gefahren abgewendet zu haben. Die Forschungsanstalt habe nicht alle behördlicherseits geforderten Schutzmaßnahmen ergriffen, sodass durch den Feldversuch eine konkrete Gefahr für die nähere Umwelt entstanden sei. Daher sei ihr Verhalten gerechtfertigt. Betroffene Rechtsgüter sind auf der einen Seite das Hausrecht und Eigentum der Forschungsanstalt als Individualrechtsgüter und auf der anderen Seite die in § 1 GenTG genannten Rechtsgüter (Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen, Tiere, Pflanzen und Sachgüter vor schädlichen Auswirkungen gentechnischer Verfahren und Produkte<sup>164</sup>) bzw. die Umwelt im Sinne der natürlichen Lebensgrundlage des Menschen<sup>165</sup> als Rechtsgut der Allgemeinheit<sup>166</sup>. Trifft die Aussage der Angeklagten zu und wurde die mit der Genehmigung verbundene Auflage nicht erfüllt, hätte die zuständige Behörde beispielsweise die Möglichkeit, die Auflage durch Verhängung eines Zwangsgeldes (§ 11 VwVG) zu vollstrecken,<sup>167</sup> die Genehmigung nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG zu widerrufen und/oder aufgrund von § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 GenTG die erforderlichen Anordnungen (z. B. Untersagung der Freisetzung und Verpflichtung zur Beseitigung der Pflanzen nach § 26 Abs. 4 GenTG<sup>168</sup>) zu erlassen. Hierzu kann sie u. U. verwaltungsgerichtlich verpflichtet werden, sofern in zulässiger Weise Verpflichtungsklage erhoben wurde und etwaiges Ermessen auf Null reduziert ist (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

Das LG Magdeburg lehnte eine Rechtfertigung der Taten wegen Notstands ab.<sup>169</sup> Erstens würden die von der Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen ausgehenden abstrakten Gefahren durch das Regelwerk des GenTG aufgefangen und auch im behördlichen Genehmigungsverfahren berücksichtigt. Der daraus hervorgegangene Genehmigungsbescheid für den Feldversuch sei für das Strafgericht bindend, sofern er nicht nichtig im Sinne des § 44 VwVfG ist. Außerdem fehle es am subjektiven Rechtfertigungselement, weil die Angeklagten keine Kenntnis von konkreten Gefahren für die Umwelt gehabt hätten. Weiterhin sei die Tat kein angemessenes Mittel: Die Angeklagten hätten die Behörden über etwaige Gefahren informieren und dadurch auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Schutzmaßnahmen hinwirken müssen. Deshalb seien die Aktivisten strafbar. Die Revision der Angeklagten vor dem OLG Naumburg hatte allerdings Erfolg.<sup>170</sup> Das OLG hielt eine Rechtfertigung nach § 34 StGB zumindest für möglich. Angesprochen, aber im Ergebnis offen gelassen, wurde, ob eine Rechtfertigung auch unterhalb der Schwelle der Nichtigkeit des

---

<sup>164</sup> MüKoStGB/Alt, § 39 GenTG Rn. 1.

<sup>165</sup> Siehe zum Umweltbegriff, den Rechtsgütern im Umweltstrafrecht und dem herrschenden ökologisch-anthropozentrischen Ansatz *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 24 ff.

<sup>166</sup> Das GenTG bezweckt den Schutz der Allgemeinheit, vgl. MüKoStGB/Alt, § 39 GenTG Rn. 19 und 26; *Kloepfer*, Umweltrecht, § 20 Rn. 207; allgemein *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 45.

<sup>167</sup> Vgl. allgemein *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 12 Rn. 10.

<sup>168</sup> Die Norm ermächtigt auch zur Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung der verbotswidrigen Zustände, siehe BVerwGE 142, 73.

<sup>169</sup> Urteil nicht veröffentlicht, vgl. aber die Ausführungen bei OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris Rn. 8–13.

<sup>170</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris Rn. 15–22.

Genehmigungsbescheids möglich wäre, wenn die Angeklagten mangels Klagebefugnis nicht gerichtlich gegen einen (unterstellt: rechtswidrigen) Bescheid vorgehen konnten.<sup>171</sup> Außerdem stelle die Information der zuständigen Behörden nur dann ein milderes Mittel dar, wenn die Angeklagten mit dem Eingreifen der Behörden rechnen können.<sup>172</sup> Die Sache wurde an das LG zurückverwiesen.

Auch in der Literatur halten manche eine Notstandsrechtfertigung bei rechtswidrigen, aber nicht nichtigen Genehmigungsbescheiden für möglich.<sup>173</sup> Gegen eine Sperrwirkung des Bescheids gegenüber § 34 StGB spreche, dass die Angeklagten nicht gerichtlich gegen den Bescheid vorgehen könnten. Kritisiert wird aber, dass von der Tatsacheninstanz eine Beweisaufnahme darüber, ob die zuständige Behörde nicht oder nicht rechtzeitig tätig geworden wäre, verlangt wurde.<sup>174</sup> Dies sei „weder seriös möglich, noch überzeugend.“<sup>175</sup> Für einen solchen Nachweis bestehe zudem keine Notwendigkeit, weil private Gewalt schon dann nicht erforderlich im Sinne des § 34 StGB sei, wenn sie durch staatliche Gewalt ersetzt werden kann, ohne dass es auf die Gefahrabwendung ankomme. Private müssten zumindest den Versuch unternehmen, staatliche Behörden zum Einschreiten zu bewegen, um Schutzbehauptungen auszuschließen.<sup>176</sup>

#### bb) Feldbefreier-Fall II

Einen ähnlichen Fall hatte bereits im Jahr 2009 das LG Gießen als Berufungsinstanz zu entscheiden.<sup>177</sup> Wieder ging es um mehrere Umweltaktivisten, die in das Versuchsgelände einer Forschungsanstalt für Gentechnik eingedrungen waren und dort verschiedene gentechnisch veränderte Pflanzen zerstört hatten. Erneut erfolgte der Feldversuch mit Genehmigung der zuständigen Behörde, doch hatte das Gericht nun Zweifel an deren Rechtmäßigkeit.

Trotzdem wurden die Angeklagten wegen Hausfriedensbruchs und Sachbeschädigung verurteilt.<sup>178</sup> Die „Feldbefreiungsaktion“ wird als Akt zivilen Ungehorsams eingeordnet. Es handle sich um eine „rein politisch motivierte Symboltat“, welche zur Abwehr einer (unterstellten) Gefahr für Natur, Umwelt und Mensch nicht geeignet sei. Außerdem sei die Tat kein angemessenes Mittel im Sinne des § 34 StGB: „Im

<sup>171</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris Rn. 16.

<sup>172</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris Rn. 22.

<sup>173</sup> Jahn, JuS 2013, 1139 (1140); vgl. auch Rathgeber, FD-StrafR 2013, 347276; kritisch z. B. Greco, ZStW 134 (2022), 1 (88 mit Fn. 445); Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (79f.); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 53.

<sup>174</sup> Jahn, JuS 2013, 1139 (1140).

<sup>175</sup> Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (79).

<sup>176</sup> Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (79f.).

<sup>177</sup> LG Gießen Urt. v. 09.10.2009 – 8 Ns – 501 Js 15915/06, BeckRS 2010, 19195; zu einem ähnlichen Fall LG Neubrandenburg, Urt. v. 03.02.2012 – 747 Js 9321/09, BeckRS 2012, 17238, mit Bespr. Jahn, JuS 2012, 1140ff.

<sup>178</sup> LG Gießen Urt. v. 09.10.2009 – 8 Ns – 501 Js 15915/06, BeckRS 2010, 19195; dort auch die nachfolgenden Zitate.

Rechtsstaat hat der Gesetzgeber mit dem Gentechnikgesetz eine Risikoabwägung vorgenommen, welche man als Bürger dieses Landes zwar kritisieren oder politisch bekämpfen, aber nicht negieren kann. Nur im Rahmen des hier normierten Verwaltungsverfahrens [sic] kann der subjektiv in seinen öffentlichen Rechten betroffene Bürger Einspruch einlegen und im Falle eines angeordneten Sofortvollzugs den Weg des einstweiligen Rechtsschutzes beschreiten.“ Anschließend prüft das Gericht die Wirksamkeit der Genehmigung und kommt zum Ergebnis, dass Anhaltspunkte für eine *Nichtigkeit* nicht ersichtlich seien. Daher bestünden über die Regelungen des GenTG hinaus keine Handlungsmöglichkeiten für Private mehr.

### cc) Zwischenbemerkungen

Wie in den Tierschützer-Fällen steht ein aus politischer Sicht der Täter und teils auch aus rechtlicher Perspektive nicht einwandfreies staatliches Verhalten im Raum, und erneut handelt es sich um im Ergebnis entgegengesetzte Bewertungen. Abermals wird dabei über die Bedeutung gerichtlicher Rechtsschutzverfahren und des Umstands, dass diese von den Tätern nicht eingeleitet werden könnten, diskutiert. Außerdem stellen sich bzgl. der Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit der Genehmigungen Fragen der Grenzen der Verbindlichkeit staatlicher Entscheidungen.

### c) Rauschgiftkriminalität

Im nächsten Fall, der das OLG München im Jahr 1972 beschäftigte, geht es um den Handel mit Betäubungsmitteln.<sup>179</sup> Beamte einer amerikanischen Criminal Investigation Division (CID) verschafften sich als (in Deutschland: private<sup>180</sup>) Kontaktpersonen der Polizei Zutritt zu einer Wohnung, in welcher die Polizei einen „Rauschgift-handel“ vermutete. Um eingelassen zu werden, gaben sie gegenüber dem Wohnungsbesitzer an, am Kauf von Betäubungsmitteln interessiert zu sein. Die Vermutungen bewahrheiteten sich, und die Kontaktpersonen benachrichtigten die zum Eingreifen bereit stehenden Polizeibeamten. Das Ermittlungsverfahren gegen einen der CID-Beamten wegen Hausfriedensbruchs wurde eingestellt (§ 170 Abs. 2 StPO). Dagegen wandte sich der Wohnungsbesitzer im Klageerzwingungsverfahren.

Das OLG München beschäftigte sich u. a.<sup>181</sup> mit einer möglichen Rechtfertigung der Tat der CID-Beamten nach § 34 StGB. Dort stehen sich das Hausrecht des Antragstellers als Individualrechtsgut und die vom BtMG geschützte Volksgesundheit als Rechtsgut der Allgemeinheit<sup>182</sup> bzw. das staatliche Strafverfolgungsinteresse<sup>183</sup>

<sup>179</sup> OLG München, Beschl. v. 10.03.1972 – 2 Ws 40/72 = NJW 1972, 2275 = DVBl 1973, 221.

<sup>180</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (566 f.); *Grebing*, GA 1979, 81 (101).

<sup>181</sup> Zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit siehe *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (566 f.); *Otto*, NJW 1973, 667 (668); *Stückemann*, JR 1973, 414 f.; allgemein Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 123 Rn. 22.

<sup>182</sup> Vgl. dazu noch unten B.II.4.a), S. 37 ff.

<sup>183</sup> Vgl. dazu noch unten C.IV.2.a)aa)(3), S. 165 ff.

gegenüber. Als staatliche Verfahren zur Abwehr einer Gefahr für die Volksgesundheit stünde z. B. präventivpolizeiliches Vorgehen zur Verfügung: So könnte die zuständige Polizeibehörde bzw. der Polizeivollzugsdienst die Wohnung durchsuchen (z. B. § 36 PolG BW) und etwaige Betäubungsmittel beschlagnahmen (§ 38 PolG BW). Zudem könnte ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet werden, welches in § 102 StPO ebenfalls eine Durchsuchung der Wohnung und in § 94 StPO bzw. § 111b StPO eine Beschlagnahme zu Beweis Zwecken oder zur Sicherung der Einziehung (§ 33 BtMG) erlaubt.

Das OLG hielt die CID-Beamten für nach § 34 StGB gerechtfertigt. Aufgrund des mutmaßlichen Rauschgifthandels habe eine Gefahr für die durch das BtMG geschützten Rechtsgüter bestanden,<sup>184</sup> zu deren Abwehr das Handeln der Täter erforderlich gewesen sei. Im Vergleich zum Eingreifen der Polizei stelle die Tat der CID-Beamten das wirksamere Mittel dar.<sup>185</sup> Die Tat sei auch angemessen, weil auf dem Gebiet der Rauschgiftkriminalität der Einsatz von Kontaktpersonen oder Lockspitzeln das einzig wirksame Bekämpfungsmittel darstelle. „Die Zumutbarkeit der damit verbundenen Beeinträchtigungen für die Betroffenen ist so offensichtlich, dass sie jedem einsichtigen Bürger, der Ordnung, Sicherheit und Schutz vor den verheerenden Folgen der Rauschgiftkriminalität wünscht, einleuchten muss.“<sup>186</sup> Dass im Zeitpunkt der Tat die Voraussetzungen einer Durchsuchung durch die Ermittlungsbehörden nach § 102 StPO vorgelegen haben, bezweifelt das OLG hingegen. Erst nachdem die CID-Beamten die Vermutung der Behörden bekräftigt hatten, sei eine strafprozessuale Durchsuchung möglich gewesen – in dem Moment hätte sogar Gefahr im Verzug vorgelegen, sodass die an sich erforderliche richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt zu werden brauchte (§ 105 Abs. 1 StPO).

In der Literatur sind die Befürworter der Entscheidung in der Minderheit.<sup>187</sup> Überwiegend wird sie kritisch gesehen.<sup>188</sup> Kritiker befürchten u. a. die Aushebelung von Grundprinzipien der rechtsstaatlichen Ordnung.<sup>189</sup> Zwar könne, weil das heimliche Vorgehen Privater weniger rufschädigend sei als eine behördliche Durchsuchung, die Erforderlichkeit der Tat noch bejaht werden.<sup>190</sup> Abzulehnen sei allerdings die Argumentation des OLG mit Effektivitätsüberlegungen. Eine bloße Arbeits erleichterung für die Polizei stelle noch keinen hinreichenden Grund für eine Recht-

<sup>184</sup> OLG München, NJW 1972, 2275.

<sup>185</sup> OLG München, NJW 1972, 2275 (2276), auch zum Folgenden.

<sup>186</sup> Ebd.

<sup>187</sup> Wohl *Fischer*, § 123 Rn. 36a, vgl. aber ebd., § 34 Rn. 35; teils auch *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41c.

<sup>188</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (568 ff.); *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 257; *Geilen*, JZ 1975, 380 (382); *Grebing*, GA 1979, 81 (99 ff.); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (89); *Lackner/Kühl/Heger*, § 123 Rn. 6; *Jakobs*, AT, 13/40; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 364; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78 f.); *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119; *Otto*, NJW 1973, 667 (668); *Roxin*, JuS 1976, 505 (509 mit Fn. 38); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 51.

<sup>189</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (570).

<sup>190</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (568); *Grebing*, GA 1979, 81 (100).

fertigung der CID-Beamten dar.<sup>191</sup> Insbesondere fehle es an der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB, weil der Staat grundsätzlich nur in offener Form eingreifen dürfe,<sup>192</sup> damit sich der Betroffene gegen den Grundrechtseingriff gerichtlich zur Wehr setzen kann (vgl. auch § 106 StPO).<sup>193</sup> Außerdem dürften wegen Art. 13 Abs. 2 GG Durchsuchungen nur durch die im Gesetz vorgesehenen Organe im vorgeschriebenen Verfahren erfolgen.<sup>194</sup> Die Regelungen zu Voraussetzungen hoheitlicher Zwangsmaßnahmen im repressiven Bereich<sup>195</sup> seien abschließend und dürften nicht mithilfe des § 34 StGB unterlaufen werden.<sup>196</sup> Zur Erweiterung strafprozessualer Eingriffsbefugnisse sei der demokratisch legitimierte Gesetzgeber berufen.<sup>197</sup> Dieser habe in der StPO einen Kompromiss zwischen Verbrechensbekämpfung und der möglichen Verletzung von Rechten Unschuldiger gefunden, welcher respektiert werden müsse.<sup>198</sup>

Die Argumentation des OLG mit der höheren Wirksamkeit privaten Vorgehens erinnert an Überlegungen in den Tierschützer- und Feldbefreier-Fällen, in denen eine Notstandsrechtfertigung u. a. aufgrund der geringen Erfolgsaussichten staatlichen Vorgehens bejaht wurde. Wenn staatliche Verfahren, wie in den obigen Fällen, absehbar nicht zur Abwehr der Gefahr geeignet sind, ist eine private Handlung auf jeden Fall wirksamer. Anders als beim Rauschgiftkriminalitäts-Fall wurde dieses Effektivitätsdenken in den anderen Fällen jedoch seltener kritisiert. Wie im „Familienpflege“-Fall steht vorliegend zudem der Schutz des Eingriffsopfers durch ein Vorgehen innerhalb staatlicher Verfahren im Raum. Der Hinweis auf den Charakter der StPO als abschließende Abwägung des Gesetzgebers erinnert außerdem an Überlegungen im Konzertreise- und Mandantengelder-Fall, wo die ZPO und InsO in der Literatur teils als abschließende Regelung zum Umgang mit Gefahren für das eigene oder fremde Vermögen angesehen wurden. Insgesamt tauchen also wieder bereits bekannte Probleme auf.

<sup>191</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569); *Grebing*, GA 1979, 81 (100).

<sup>192</sup> Vgl. allgemein Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, § 102 Rn. 1: Durchsuchung ist offene Ermittlungsmaßnahme.

<sup>193</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569).

<sup>194</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569 f.); *Grebing*, GA 1979, 81 (101).

<sup>195</sup> Für präventive Gefahrenabwehr anders MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 51; Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 41c. Die Stellungnahmen beziehen sich jedoch auf die Frage, ob sich Hoheitsträger auf § 34 StGB berufen können, welche hier ausgeklammert wird. Die Entscheidung des OLG München betrifft diese Konstellation nicht. Die Kontaktpersonen der Polizei übten keine Hoheitsgewalt aus, sondern handelten als Private (oben B. Fn. 180). Siehe zu ähnlichen Fällen BGHSt 34, 39 (dazu *Grebing*, GA 1979, 81 (105)) und OLG Frankfurt, NJW 1975, 271 (dazu *Geilen*, JZ 1975, 380 (382 ff.) und *Roxin*, JuS 1976, 505 (507 ff.)).

<sup>196</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569 ff.); *Grebing*, GA 1979, 81 (101); *Otto*, NJW 1973, 667 (668); siehe auch MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 257; *Jakobs*, AT, 13/40; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78 f.).

<sup>197</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (571).

<sup>198</sup> *Otto*, NJW 1973, 667 (668); *Roxin*, JuS 1976, 505 (509); *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 51.

## d) Zündschlüssel-Fälle

Um den Schutz der Verkehrssicherheit geht es in der letzten Konstellation dieser Fallgruppe: der Wegnahme eines Auto-Zündschlüssels zur Verhinderung einer Trunkenheitsfahrt. Ein solcher Fall beschäftigte z. B. im Jahr 1963 das OLG Koblenz.<sup>199</sup> Dort war aus Sicht des § 34 StGB das *Eingriffsoffer* angeklagt, weil es sich gegen eine Notstandshandlung zur Wehr setzte. Der Angeklagte wollte nach einer Feier stark angetrunken mit dem Auto nach Hause fahren, wurde aber von Dritten gewaltsam und durch Wegnahme des Zündschlüssels daran gehindert. Weil er sich gegen diese Einmischung wehrte und darauf hinwies, es sei seine eigene Sache, ob er gegen einen Baum fahre, wurde er u. a. wegen Beleidigung (§ 185 StGB) und Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) angeklagt. Fraglich war die *Notwehr*rechtfertigung des Angeklagten, welche wiederum von einer möglichen *Notstands*rechtfertigung derjenigen, die ihn an der Autofahrt hinderten, abhängt. Was § 34 StGB angeht, stehen sich die Willensfreiheit und körperliche Unversehrtheit des Angeklagten und sein Gewahrsam am Zündschlüssel als beeinträchtigtes Individual- und die Sicherheit des Straßenverkehrs als geschütztes Kollektivrechtsgut gegenüber. Staatlicherseits hätte die Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs durch polizeiliches Eingreifen abgewehrt werden können. Im konkreten Fall war die Polizei jedoch nicht rechtzeitig zu erreichen.

Das OLG Koblenz verurteilte den Angeklagten und nahm zugunsten der Dritten eine Rechtfertigung wegen Notstands an.<sup>200</sup> Das Interesse des Angeklagten am ungestörten Antritt seiner Fahrt müsse gegenüber dem Interesse an einer Begrenzung der allgemeinen Verkehrsgefahren zurücktreten. Zwar sei grundsätzlich die Polizei zur Gefahrenabwehr berufen. Für den Fall, dass sie nicht an Ort und Stelle ist, sondern erst herbeigerufen werden muss, sei der Zugriff auf den Zündschlüssel jedoch „ein zuverlässiges Mittel, die [...] Verkehrsgefahren solange abzuwenden, bis die Polizei erscheint, um ihrerseits die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.“<sup>201</sup> Der Fahrer sei durch das nur vorläufige Eingreifen der Dritten lediglich gezwungen gewesen, das Eintreffen der Polizei und deren Anordnungen abzuwarten. Daher hätten die Dritten gerechtfertigt gehandelt, weshalb eine Notwehrrechtfertigung des Angeklagten mangels rechtswidrigen Angriffs ausgeschlossen sei. Dem folgte auch das OLG Frankfurt a. M. in einem ähnlichen Fall.<sup>202</sup>

Die Literatur stimmt den beiden Entscheidungen oft zu.<sup>203</sup> Manche betonen, dass eine Rechtfertigung in solchen Fällen lediglich aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit anzunehmen sei.<sup>204</sup> Andere weisen darauf hin, dass eine Rechtfertigung nur

<sup>199</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 25.07.1963 – (2) Ss 248/63, NJW 1963, 1991.

<sup>200</sup> Ebd.

<sup>201</sup> Ebd.

<sup>202</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 28.08.1995 – 3 Ss 116/95, NStZ-RR 1996, 136.

<sup>203</sup> Seidel, NJW 1964, 214; vgl. auch Jescheck/Weigend, AT, S. 362; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 459.

<sup>204</sup> Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 13.

in Betracht komme, wenn zumindest mittelbar auch Individualrechtsgüter gefährdet sind.<sup>205</sup> Andernfalls bestünde die Gefahr, dass § 34 StGB „die prinzipiell bestehende Alleinzuständigkeit des Staates für den Schutz der öffentlichen Ordnung untergräbt und Tendenzen zur Selbstjustiz fördert.“<sup>206</sup> Bei der Verkehrssicherheit als kollektivem Rechtsgut sind aber immer zugleich auch individuelle Rechtsgüter (Leib, Leben, Eigentum der anderen Verkehrsteilnehmer) geschützt, weshalb hier keine Probleme bestünden.<sup>207</sup> Es scheint also ein Zusammenhang zwischen dem Vorrang staatlicher Verfahren und der Art der involvierten Rechtsgüter zu bestehen. Außerdem ging es wie schon oft um eine Abwesenheit staatlicher Stellen in der konkreten Situation.

#### 4. Schutz eines Individualrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts

In der nächsten, umgekehrt angeordneten Fallgruppe wird zum Schutz eines Individualrechtsguts ein Rechtsgut der Allgemeinheit beeinträchtigt.

##### a) Betäubungsmittel zur Eigentherapie

Die erste Konstellation beschäftigte die Rechtsprechung über mehrere Jahre hinweg. In verschiedenen Fällen wurden Personen aufgrund der §§ 29 ff. BtMG angeklagt, weil sie zur Eigentherapie bzw. Selbstmedikation schwer (oder un-)heilbarer Krankheiten oder zur Linderung kaum erträglicher Schmerzen Betäubungsmittel angebaut oder sich verschafft hatten. Häufig, aber nicht ausschließlich, ging es dabei um Cannabis zur Schmerzlinderung.<sup>208</sup> Nach der zur Zeit der folgenden Entscheidungen geltenden Rechtslage war Cannabis in Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG aufgeführt, sodass sein Besitz nur aufgrund einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG<sup>209</sup> rechtmäßig war.<sup>210</sup> Also stand zur Abwehr der Gefahr mit dem Erlaubnisverfahren nach BtMG auch ein

<sup>205</sup> KKOWiG/Rengier, § 16 Rn. 11.

<sup>206</sup> Ebd.

<sup>207</sup> Kühl, AT, § 8 Rn. 29; siehe auch LK/Zieschang, § 34 Rn. 53.

<sup>208</sup> Dazu im Überblick Rinio, Betrifft Justiz 2009, 83 ff.; monographisch Diebel, Cannabis auf Rezept, 2019.

<sup>209</sup> Die Erlaubnis im Betäubungsmittelstrafrecht hat nach h. M. tatbestandsausschließende Wirkung, siehe BGH, Urt. v. 07.03.1996 – 4 StR 742/95 –, juris Rn. 20; Weber/Kornprobst/Maier/Weber, § 29 BtMG Rn. 31 m. w. N.; a. A. Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 236 ff.

<sup>210</sup> Zu den sich hieraus ergebenden Problemen siehe Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 262 ff. Seit 2017 besteht aufgrund der Änderung der Anlage III zu § 1 Abs. 1 BtMG durch Gesetz vom 06.03.2017 (BGBl. I, S. 404) bei Cannabis die Möglichkeit einer Verschreibung durch den Arzt (§ 13 Abs. 1 BtMG). Dass sich auch nach der Änderung noch dieselben Fragen stellen, zeigt etwa OLG Hamm, Urt. v. 05.10.2023 – III-1 ORS 27/23 –, juris Rn. 14. Nachrangig ist noch immer eine Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG zu beantragen (Stufenverhältnis, vgl. Weber/Kornprobst/Maier/Weber, § 3 BtMG Rn. 113). Das Konsumcannabisgesetz (KCanG) vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 109) konnte bei den folgenden Überlegungen noch nicht berücksichtigt werden. Für andere Betäubungsmittel bleibt es bei § 3 Abs. 2 BtMG.

staatliches Verfahren zur Verfügung. Als Rechtsgüter stehen sich die Gesundheit der Betroffenen und die von den §§ 29 ff. BtMG geschützten Rechtsgüter, insbesondere die Volksgesundheit als Rechtsgut der Allgemeinheit,<sup>211</sup> gegenüber.

Bis zu einer Grundsatzentscheidung des BGH war die Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und dem BtMG unübersichtlich.<sup>212</sup> Ging es lediglich um Cannabis, wurde das Verfahren häufig nach §§ 153 ff. StPO eingestellt.<sup>213</sup> Ansonsten finden sich erstens Entscheidungen, die keinen Einfluss des BtMG auf § 34 StGB sehen, zweitens solche, die eine Rechtfertigung aufgrund Notstands kategorisch ausschließen, und drittens Urteile, die eine Art Zwischenlösung vertreten. So hielt beispielsweise das Kammergericht in einem Beschluss aus dem Jahr 2002 eine Rechtfertigung des Anbaus und Besitzes von Betäubungsmitteln für möglich.<sup>214</sup> Das Genehmigungsverfahren nach BtMG ändere daran nichts, weil eine Privatperson mit einer solchen Genehmigung ohnehin nicht rechnen könne.<sup>215</sup> Nach einer Abwägung zwischen der Gesundheit des Angeklagten und der Volksgesundheit nahm auch das AG Berlin-Tiergarten im Jahr 2004 eine Rechtfertigung der durch einen schwerkranken Angeklagten begangenen Betäubungsmitteldelikte nach § 34 StGB an, ohne sich zum Genehmigungsverfahren zu äußern.<sup>216</sup> Ebenfalls ohne Bezug zum Genehmigungsverfahren kam das OLG Karlsruhe im Jahr 2004 zum gegenteiligen Ergebnis und verneinte eine Rechtfertigung nach § 34 StGB v. a. aufgrund mangelhafter tatrichterlicher Feststellungen zu Geeignetheit und Interessenabwägung.<sup>217</sup> Manche Gerichte verlangten vom Betroffenen auch, zumindest einen Antrag nach § 3 Abs. 2 BtMG zu stellen. Laut einem Urteil des Kammergerichts aus dem Jahr 2007<sup>218</sup> steht der Weg zu § 34 StGB aufgrund des § 3 Abs. 2 BtMG nur dann offen, wenn die dem Angeklagten drohende Gefahr „so exorbitant und atypisch ist, dass sie in die Erwägungen der speziellen Bestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes keinen Eingang gefunden hat.“<sup>219</sup> Ebenso entschied bereits das OLG Köln im Jahr 1999.<sup>220</sup> Das OLG Braunschweig<sup>221</sup> stand 2013 einer Notstandsrechtfertigung der Betäubungsmitteldelikte angesichts des Genehmigungsverfahrens kritisch gegenüber,

<sup>211</sup> Siehe zu den Rechtsgütern des Betäubungsmittelstrafrechts im Überblick Weber/Kornprobst/Maier/Weber, § 1 BtMG Rn. 3–8; ausführlich Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 67–86; vgl. auch Pérez-Sauquillo Muñoz, GA 2021, 328 ff.; anders in den vorliegenden Fällen offenbar Teuter/Diebel, StV 2019, 344 (346).

<sup>212</sup> Vgl. auch die Darstellung bei Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 274 ff.

<sup>213</sup> Siehe z. B. OLG Naumburg, Beschl. v. 10.02.2015 – 2 Rv 16/15 –, juris = StV 2015, 642.

<sup>214</sup> KG, Beschl. v. 18.11.2002 – (4) 1 Ss 273/02 (122/02) –, juris = StV 2003, 167.

<sup>215</sup> KG, Beschl. v. 18.11.2002 – (4) 1 Ss 273/02 (122/02) –, juris Rn. 6.

<sup>216</sup> AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 28.04.2004 – (284) 6 Op Js 2234/02 Ls (26/03) –, juris = NSTZ-RR 2004, 281.

<sup>217</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.06.2004 – 3 Ss 187/03 –, juris = NJW 2004, 3645.

<sup>218</sup> KG, Urt. v. 25.05.2007 – (3) 1 Ss 36/07 (20/07) –, juris = NJW 2007, 2425.

<sup>219</sup> KG, Urt. v. 25.05.2007 – (3) 1 Ss 36/07 (20/07) –, juris Rn. 2.

<sup>220</sup> OLG Köln, Beschl. v. 26.02.1999 – Ss 51/99 – 23 –, juris Rn. 29 = StraFo 1999, 314.

<sup>221</sup> OLG Braunschweig, Beschl. v. 16.05.2013 – 1 Ss 20/13 –, juris = StV 2013, 708.

wollte sie jedoch v. a. für den Fall, dass ein entsprechender Antrag erfolglos war oder behördlicherseits nicht rechtzeitig Abhilfe geschaffen werden konnte, nicht abschließen.<sup>222</sup>

Im Jahr 2016 äußerte sich der BGH zum Thema.<sup>223</sup> Wegen § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG angeklagt war eine Patientin, die sich zur Schmerzlinderung Heroin und Kokain verschaffte. Der BGH lehnte eine Notstandsrechtfertigung ab.<sup>224</sup> Zwar liege aufgrund ihrer Erkrankung und eines akuten Krankheitsschubs eine gegenwärtige Gefahr für die Gesundheit der Angeklagten vor,<sup>225</sup> doch hätte die Gefahr anders als durch die Notstandshandlung abgewendet werden können.<sup>226</sup> An der Erforderlichkeit fehle es, wenn zur Gefahrenabwehr obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig in Anspruch genommen werden kann<sup>227</sup> oder die Konfliktlage zwischen Erhaltungsgut und Eingriffsgut einem besonderen Verfahren oder einer besonderen Institution vorbehalten ist.<sup>228</sup> Die Lösung des Konflikts zwischen individueller Gesundheit und den hinter dem BtMG stehenden Gütern kann laut BGH nur innerhalb des Rechtsregimes des Betäubungsmittelrechts gefunden werden, und das Genehmigungsverfahren nach § 3 Abs. 2 BtMG wäge Gefahren und Nutzen des BtM-Einsatzes ab.<sup>229</sup> Ein solches Genehmigungsverfahren einzuleiten stelle ein gegenüber der privaten Handlung milderes Mittel dar.<sup>230</sup> Zu welchem Ergebnis das Verfahren im konkreten Fall geführt hätte, sei für § 34 StGB irrelevant, weil das BtMG eine abschließende, den Rückgriff auf § 34 StGB ausschließende Regelung darstelle.<sup>231</sup> Eine atypische Konstellation, welche einen solchen Rückgriff ausnahmsweise zulassen würde, liege nicht vor. Im Folgejahr wurde diese Rechtsprechung nochmals bekräftigt.<sup>232</sup>

Die Literatur stimmt der Rechtsprechung des BGH weitgehend zu.<sup>233</sup> Der Betroffene sei grundsätzlich verpflichtet, das Verfahren nach BtMG einzuleiten, und könne sich andernfalls nicht auf § 34 StGB berufen.<sup>234</sup> Raum für eine Notstandsrechtferti-

<sup>222</sup> OLG Braunschweig, Beschl. v. 16.05.2013 – 1 Ss 20/13 –, juris Rn. 11–12.

<sup>223</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris = BGHSt 61, 202 = NJW 2016, 2818 = StV 2017, 310.

<sup>224</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 7–22.

<sup>225</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 8–9.

<sup>226</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 10.

<sup>227</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 12.

<sup>228</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 13.

<sup>229</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 14–15.

<sup>230</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 18–21.

<sup>231</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 21.

<sup>232</sup> BGH, Urt. v. 13.09.2017 – 2 StR 238/16 –, juris = NSTZ 2018, 226 = StV 2018, 501; siehe auch OLG Frankfurt a.M. Urt. v. 05.06.2018 – 2 Ss 12/18 –, juris Rn. 12–14 mit kritischer Anm. *Teuter/Diebel*, StV 2019, 344; weiterhin OLG Hamm, Urt. v. 05.10.2023 – III-1 ORs 27/23 –, juris Rn. 13 ff.

<sup>233</sup> *Braun*, StV 2017, 313 f.; *Kudlich*, JA 2017, 71 (73); allgemein LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 161; siehe auch *Weber/Kornprobst/Maier/Weber*, § 3 BtMG Rn. 102 ff.; für Rechtfertigung *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (76 f.).

<sup>234</sup> *Braun*, StV 2017, 313 f.; *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 271; *Rinio*, Betrifft Justiz 2009, 83 (85).

gung bestehe nur in atypischen Fällen<sup>235</sup> und in Konstellationen, in denen dem Betroffenen die Einleitung des Verfahrens aus Zeitgründen nicht zugemutet werden kann – entweder, weil die Beschwerden kurzfristig und akut auftreten, sodass das behördliche Verfahren keine rechtzeitige Abhilfe schaffen kann, oder, weil die Behörde das Verfahren unzumutbar lange hinauszögert.<sup>236</sup> Zwar hätte die Problematik innerhalb des § 34 StGB auch auf Ebene der Angemessenheit gelöst werden können, doch sei gegen die Verortung als Frage der Erforderlichkeit nichts einzuwenden.<sup>237</sup>

Mit dem Kriterium des atypischen Falls taucht in den BtM-Eigentherapie-Fällen ein Merkmal auf, das auch noch in anderen Fällen relevant werden wird.<sup>238</sup> Ansonsten wirft der Vergleich der BGH-Rechtsprechung mit bereits dargestellten Fällen aber Fragen auf. Wie im „Spanner“-Fall wurde den Betroffenen keine staatliche Hilfe gewährt. Dort bejahte das Gericht aber eine Rechtfertigung, hier wurde § 34 StGB im Grundsatz abgelehnt. Wie in den Tierschützer- und Feldbefreier-Fällen war ein Vorgehen über staatliche Verfahren bereits von vornherein aussichtslos. Dort wurde dies als Grund für eine Notstandsrechtfertigung angesehen, hier mit dem Gedanken der abschließenden Regelung gegen eine Rechtfertigung angeführt. Was von *Lesch* schon in Auseinandersetzung mit der Entscheidung im „Krieg gegen Rechtsradikale“ angemerkt wurde, lässt sich auch hier fragen: Geht es beim Vorrang staatlicher Verfahren um eine Frage der anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr oder um eine normative Subsidiarität des Notstands?<sup>239</sup>

### b) Ökonomie und Ökologie

Die zweite Konstellation dieser Fallgruppe betrifft den Konflikt zwischen wirtschaftlichen Interessen eines Unternehmens und dem Umwelt- und Gesundheitsschutz. In verschiedenen Fällen wurde von den Verantwortlichen eines Unternehmens mit der Umwelt ein Rechtsgut der Allgemeinheit – und meist auch die Gesundheit betroffener Anwohner als Individualrechtsgut – beeinträchtigt,<sup>240</sup> um die Produktion fortzuführen und Arbeitsplätze zu erhalten, d. h. verschiedene Individualrechtsgüter<sup>241</sup>

<sup>235</sup> *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 279; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (77); kritisch zur Forderung des BGH, die Gefahr müsse *exorbitant* sein, MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 270; NK/Neumann, § 34 Rn. 68.

<sup>236</sup> *Braun*, StV 2017, 313 f.; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 271; *Gerhold*, HRRS 2011, 477 (478); *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 279; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 52; siehe aber auch *Teuter/Diebel*, StV 2019, 344 (346).

<sup>237</sup> *Kudlich*, JA 2017, 71 (73); anders *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 161: Erforderlichkeit oder Interessenabwägung.

<sup>238</sup> Allgemein dazu unten E.III.2.c), S. 391 ff.

<sup>239</sup> Siehe nochmals *Lesch*, StV 1993, 578 (581).

<sup>240</sup> Zu den Rechtsgütern des Umweltstrafrechts nochmals *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 24 ff.

<sup>241</sup> Teilweise wird das Erhaltungsgut (Aufrechterhaltung der Produktion und Erhaltung der Arbeitsplätze) auch als Kollektivrechtsgut eingeordnet (BayObLG NJW 1953, 1602 (1603); differenzierend *Kühl*, AT, § 8 Rn. 28). Richtigerweise handelt es sich um die Interessen mehrerer Individuen (Arbeitsplätze) oder des Unternehmens (Produktion), sodass die Einordnung als Individualrechtsgut überzeugender erscheint, siehe auch *Richter*, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Ar-

zu schützen. Staatlicherseits wird dieser Konflikt meist im Rahmen umweltrechtlicher Genehmigungsverfahren, z. B. aufgrund der §§ 8 ff. WHG oder § 4 BImSchG, gelöst.

### aa) Beispiele aus der Praxis

In einem Fall, der den BGH im Jahr 1975 beschäftigte,<sup>242</sup> waren der Geschäftsführer und der technische Leiter eines Unternehmens zur Herstellung von Flaschenverschlüssen mit Kunststoffdichtung wegen gefährlicher Körperverletzung (heute: §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) angeklagt. Bei der Herstellung der Verschlüsse traten Dämpfe auf, die über Abzugsrohre in die Umwelt gelangten und bei den Anwohnern u. a. zu Augentränen, Hustenreiz, Kopfschmerz, Atembeschwerden und Übelkeit führten. Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung existierte allem Anschein nach nicht. Die Angeklagten gingen davon aus, dass die Anwohner die Beeinträchtigungen dulden müssen, weil andernfalls der Betrieb hätte eingestellt werden müssen. Der BGH lehnte eine Rechtfertigung nach § 34 StGB ab.<sup>243</sup> Zwar handle es sich bei der Aufrechterhaltung der Produktion und der Erhaltung der Arbeitsplätze grundsätzlich um notstandsfähige Rechtsgüter,<sup>244</sup> für die im konkreten Fall auch eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr bestanden habe. Jedoch überwiege die Gesundheit der Anwohner gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens. Die Möglichkeit, für die Anlage eine behördliche Genehmigung zu beantragen, wurde vom BGH nicht im Rahmen des Notstands, sondern als zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit angesprochen: Die Weiterführung des Unternehmens sei möglicherweise nicht rechtswidrig, wenn *die Voraussetzungen* einer entsprechenden Genehmigung vorliegen würden.<sup>245</sup> Im konkreten Fall könne dies jedoch dahinstehen, weil die Anlage nach zur Tatzeit geltender Rechtslage nicht genehmigungspflichtig gewesen sei. Die Angeklagten wurden jedoch wegen Verbotsirrtums freigesprochen.<sup>246</sup>

Ähnliche Fragen beschäftigte die Staatsanwaltschaft Mannheim in einer Einstellungsverfügung aus dem Jahr 1976.<sup>247</sup> Hier ging es um den Vorwurf der Gewässerverunreinigung (heute: § 324 StGB) und Körperverletzung. Anders als im vorstehen-

---

beitsplätzen?, S. 280 ff.; Stam, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, S. 171 (173 mit Fn. 6).

<sup>242</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75, bei *Dallinger*, MDR 1975, 723 ff.; hier zitiert nach WKRS 1975, 11938.

<sup>243</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938, Rn. 6.

<sup>244</sup> Siehe auch *Kühl*, AT, § 8 Rn. 28; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 9; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 12; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 158; ausführlich *Richter*, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 261 ff.; a. A. *NK/Neumann*, § 34 Rn. 26; *ders.*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (595).

<sup>245</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938, Rn. 8.

<sup>246</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938, Rn. 11 f.

<sup>247</sup> StA bei dem LG Mannheim, Einstellungsverfügung vom 16.02.1976 – 41 Js 5656/75, NJW 1976, 585.

den Urteil des BGH lagen hier jedoch Genehmigungen für das Einleiten von Abwasser in ein Gewässer vor, d. h. ein staatliches Verfahren wurde bereits durchgeführt. Diese Genehmigungen berücksichtigte die Staatsanwaltschaft jedoch nicht, weil sie sie für veraltet hielt – sie stammten aus den Jahren 1908 und 1921.<sup>248</sup> Eine Notstandsrechtfertigung mit dem Argument, dass die Tat der Aufrechterhaltung der Produktion und Sicherung der Arbeitsplätze des Unternehmens diene, lehnte die Staatsanwaltschaft ab, weil die Abwägung der widerstreitenden Interessen kein wesentliches Überwiegen des Erhaltungsinteresses ergebe.<sup>249</sup> Erneut wurde aber ein Verbotsirrtum bejaht.<sup>250</sup>

Auch vor dem OLG Stuttgart ging es im Jahr 1976 um den Vorwurf der Gewässerverunreinigung.<sup>251</sup> Abermals lag eine Genehmigung für eine Abwasserreinigungsanlage und die Einleitung des Abwassers in ein Gewässer vor, doch wurden die Grenzwerte des Genehmigungsbescheids nicht eingehalten.<sup>252</sup> Der Angeklagte berief sich u. a. auf § 34 StGB: Bei Einhaltung der Grenzwerte hätte der Betrieb stillgelegt werden müssen, was die wirtschaftliche Existenz des Unternehmens und damit die Arbeitsplätze von rund 160 Beschäftigten bedroht hätte.<sup>253</sup> Auch das OLG Stuttgart verneinte eine Rechtfertigung nach § 34 StGB.<sup>254</sup> Es sei zweifelhaft, ob das öffentliche Interesse an der Reinhaltung des Gewässers hinter den Unternehmens- und Arbeitnehmerinteressen zurücktreten muss.

Das in dieser Reihe letzte Beispiel bildet ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1996<sup>255</sup> und betrifft den Vorwurf der umweltgefährdenden Abwasserbeseitigung (heute: § 326 Abs. 1 Nr. 4 StGB). Angeklagt war der Oberbürgermeister einer Stadt, welche einen Schlacht- und Viehhof betrieb. Die beim Schlachtbetrieb anfallenden verunreinigten Abwässer wurden in ein Regenüberlaufbauwerk eingeleitet und gelangten dadurch bei Starkregen in ein natürliches Gewässer. Weil in diesem Gewässer immer wieder aus dem Schlachthof stammende Abfälle schwammen, wurde die Schließung des Betriebs zwar in Betracht gezogen, hiervon aber im Ergebnis abgesehen, um die Arbeitsplätze zu erhalten.<sup>256</sup> Zwar war sowohl der Schlachthof als auch das Regenüberlaufbauwerk behördlich genehmigt, doch deckten diese Genehmigungen die Einleitung von Schadstoffen aus dem Schlachthof über das Regenüberlaufbauwerk nicht.<sup>257</sup> Zur Notstandsproblematik äußerte sich der BGH hier nur sehr knapp.<sup>258</sup>

<sup>248</sup> Deshalb kritisch *Wernicke*, NJW 1976, 1223 f.

<sup>249</sup> StA bei dem LG Mannheim, NJW 1976, 585 (586).

<sup>250</sup> Ebd.

<sup>251</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris = BB 1976, 951 = DB 1977, 347.

<sup>252</sup> Sachverhalt vereinfacht.

<sup>253</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris Rn. 30.

<sup>254</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris Rn. 31–34.

<sup>255</sup> BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris = NStZ 1997, 189 = JR 1997, 253 = DVBl 1997, 430.

<sup>256</sup> Sachverhalt vereinfacht.

<sup>257</sup> BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris Rn. 23.

<sup>258</sup> Kritik bei *Sack*, JR 1997, 254 (255).

Das Motiv der Erhaltung von Arbeitsplätzen könne „grundsätzlich nicht als Rechtfertigung für unbefugte Abfallbeseitigung herangezogen werden.“<sup>259</sup> Eine Begründung dafür bleibt der BGH aber schuldig.

### bb) Literatur

In der Literatur wird beim Konflikt zwischen wirtschaftlichen Interessen und Umweltschutz im Rahmen des rechtfertigenden Notstands weniger über das Ergebnis als über die Begründung gestritten. Einigkeit besteht darin, dass eine Notstandsrechtfertigung nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Nach h. M. scheitert eine Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht an der Interessenabwägung, sondern daran, dass der Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand aufgrund der abschließenden Abwägung des Umweltgesetzgebers und der Einschätzungsprärogative der Umweltbehörden bereits von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>260</sup> Der Konflikt zwischen Ökonomie und Ökologie sei bereits in der jeweiligen rechtlichen Regelung abgewogen worden bzw. innerhalb des behördlichen Genehmigungsverfahrens zu entscheiden. Werde eine behördliche Entscheidung nicht eingeholt oder eine Genehmigung durch die zuständige Behörde verweigert, schließe dies eine Rechtfertigung nach § 34 StGB aus.<sup>261</sup> Andernfalls werde neben der Entscheidungsprärogative der Verwaltung auch die Entscheidung des Umweltgesetzgebers missachtet.<sup>262</sup> Manche argumentieren zudem, dass eine Rechtfertigung zum Schutz von Arbeitsplätzen zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde, wenn sich manche Marktteilnehmer an die Auflagen halten und andere unter Berufung auf § 34 StGB nicht.<sup>263</sup> Wer die Vorgaben nicht einhalten könne, müsse aus dem Wirtschaftsleben ausscheiden.<sup>264</sup> Selbst wenn die Behörde nicht rechtzeitig eingeschaltet werden kann, scheidet eine Notstandsrechtfertigung aus.<sup>265</sup> Lediglich in nicht vorhersehbaren Not-, Stör- und Katastrophenfällen sei ein Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand möglich.<sup>266</sup> Bei § 324 StGB

<sup>259</sup> BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris Rn. 24.

<sup>260</sup> Lackner/Kühl/Heger, § 324 Rn. 14; LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58 f.; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 13, § 325 Rn. 25, § 326 Rn. 16; Jakobs, AT, 13/42; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232; NK/Ransiek, § 324 Rn. 48; Rengier, AT, § 19 Rn. 56; ders., BT II, § 48 Rn. 10; Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann, § 324 Rn. 13; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (196); ders., NStZ 1984, 248 (253); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 262; allgemein MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 250 ff.; Kühl, AT, § 8 Rn. 176 f.

<sup>261</sup> Lackner/Kühl/Heger, § 324 Rn. 14; LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58; Rudolphi, NStZ 1984, 248 (253); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 262; mit anderer Begründung ebenso Greco, ZStW 134 (2022), 1 (57 und 81 f.).

<sup>262</sup> LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (196); ders., NStZ 1984, 248 (253); vgl. auch Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann, § 324 Rn. 13 mit Verweis auf die InsO.

<sup>263</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 251; dazu auch Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 161 f.

<sup>264</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 71.

<sup>265</sup> NK/Ransiek, § 324 Rn. 48.

<sup>266</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 252; Lackner/Kühl/Heger, § 324 Rn. 14; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 13; LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58; NK/Neumann, § 34 Rn. 120; NK/Ransiek,

wird auch auf eine dem § 34 StGB vorgehende Spezialregelung in § 8 Abs. 2 WHG verwiesen.<sup>267</sup> In allen oben referierten Fällen, in denen eine Genehmigung entweder nicht eingeholt wurde<sup>268</sup> oder die Grenzen der Genehmigung überschritten wurden<sup>269</sup>, kommt diese Ansicht daher wie die Praxis zum Ausschluss der Rechtfertigung.<sup>270</sup>

Andere liegen in der Begründung näher an den dargestellten Entscheidungen und nehmen eine Abwägung zwischen dem Umweltschutz und unternehmerischen Interessen vor.<sup>271</sup> Der Annahme einer Sperrwirkung aufgrund abschließender gesetzgeberischer Entscheidung wird entgegengehalten, dass nur wenige gesetzgeberische Entscheidungen wirtschaftliche Härten im Einzelfall einkalkulieren.<sup>272</sup> Das sei höchstens bei insolvenznahen Delikten (§§ 283 ff. StGB, § 15a InsO) oder bei Steuerstraftaten, nicht aber bei allen Regelungen mit Vermögensbezug denkbar. Infolgedessen sei eine Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern eine Frage der Interessenabwägung im Einzelfall.<sup>273</sup> So könne eine geringfügige Gewässerunreinigung durchaus gerechtfertigt sein, wenn z. B. in industriell weniger entwickelten Regionen der Arbeitsplatzsicherung eine große Bedeutung zukomme.<sup>274</sup> In den oben referierten Fällen wird man dennoch zu übereinstimmenden Urteilen gelangen.<sup>275</sup>

### *cc) Zwischenbemerkungen, insbesondere zur strafrechtlichen Behandlung der materiellen Genehmigungsfähigkeit*

Abermals wird mit dem Kriterium atypischer Notfälle gearbeitet, das bereits aus den BtM-Eigentherapie-Fällen bekannt ist. Außerdem sind wie in den Feldbefreier-Fällen die Grenzen der Verbindlichkeit staatlicher Entscheidungen fraglich: Dort ging es um Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Genehmigung, im Fall der Staatsanwaltschaft Mannheim um deren Fortgeltung, wenn seit Erlass viel Zeit vergangen ist.

§ 324 Rn. 48; *Rengier*, BT II, § 48 Rn. 10; *Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann*, § 324 Rn. 13; *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 262.

<sup>267</sup> MüKoStGB/Alt, § 324 Rn. 86; *LK/Heghmanns*, § 324 Rn. 58; *Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm*, § 324 Rn. 13.

<sup>268</sup> So wohl BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75, bei *Dallinger*, MDR 1975, 723 ff. = WKRS 1975, 11938.

<sup>269</sup> So bei OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris = BB 1976, 951 = DB 1977, 347; BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris = NStZ 1997, 189 = JR 1997, 253 = DVBl 1997, 430.

<sup>270</sup> Vgl. z. B. *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 262; kritisch bzgl. der Missachtung der Genehmigungen durch die StA Mannheim *Wernicke*, NJW 1976, 1223 f.; vgl. auch MüKoStGB/Alt, § 324 Rn. 61.

<sup>271</sup> MüKoStGB/Alt, § 324 Rn. 86; *Michalke*, Umweltstrafsachen, Rn. 107; ausführlich *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 152–163; wohl auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88); *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 90; siehe auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248.

<sup>272</sup> *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 154 ff.

<sup>273</sup> *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 157 ff., insbesondere 162 f.

<sup>274</sup> *Michalke*, Umweltstrafsachen, Rn. 107.

<sup>275</sup> Vgl. z. B. *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 90 zu BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75, WKRS 1975, 11938.

Was auch schon in den anderen Fällen im Hintergrund stand, wurde soeben zudem besonders deutlich: Der Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand betrifft nicht allein das Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern stellt auch ein Gewaltenteilungsproblem dar, wenn sich Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte mithilfe des § 34 StGB u. U. über verwaltungsbehördliche oder gesetzgeberische Entscheidungen hinwegsetzen. Schließlich ergaben sich wieder unterschiedliche methodische Vorgehensweisen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Problem, wenn die einen es als Frage der Interessenabwägung, die anderen aber als dieser Abwägung vor- oder übergeordnet auffassen.

Im ersten Beispielsfall des BGH<sup>276</sup> wurde zudem die Frage der Behandlung der materiellen Genehmigungsfähigkeit<sup>277</sup> angesprochen. Das deutet auf mögliche Parallelen des hiesigen Forschungsvorhabens zu Streitpunkten im Zusammenhang mit der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts hin.<sup>278</sup> Bei materieller Genehmigungsfähigkeit liegen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Genehmigung vor, ohne dass eine solche behördlicherseits erteilt wurde. Steht, wie dies insbesondere im Umweltstrafrecht oft der Fall ist, ein Handeln ohne Genehmigung unter Strafe,<sup>279</sup> ist fraglich, ob auch ein Handeln bei materieller Genehmigungsfähigkeit als Handeln ohne Genehmigung anzusehen ist, oder es auf das tatsächliche Vorliegen der Erlaubnis nicht ankommt, sofern deren materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.

Zu unterscheiden ist zwischen Fällen, in denen die zuständige Behörde aus verwaltungsrechtlicher Sicht die Genehmigung erteilen *durfte*, dies jedoch in ihrem Ermessen stand und der Bürger allenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat (Konstellation (1)), und solchen, in denen der Erlass eine gebundene Entscheidung darstellt bzw. ein Fall einer Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, die Behörde die Genehmigung also erteilen *musste* und der Begünstigte einen Anspruch auf Erlass der Genehmigung hat (Konstellation (2)).<sup>280</sup> Die bloße Genehmi-

<sup>276</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938.

<sup>277</sup> Zum Problem der materiellen Genehmigungsfähigkeit *Lüthge/Klein*, ZStW 129 (2017), 48 ff.

<sup>278</sup> *Rengier* schließt beispielsweise umgekehrt von der Subsidiarität des Notstands auf die Behandlung der Verwaltungsakzessorietät, siehe *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 (883 f.).

<sup>279</sup> Zur strafatssystematischen Einordnung der Genehmigung siehe nur die herrschende Differenzierungstheorie bei *LK/Heghmanns*, Vor § 324 Rn. 63; *Kühl*, AT, § 9 Rn. 119 ff.; *Lenckner*, FS Pfeifer, S. 27 (27 f.); *NK/Paeffgen/Zabel*, Vor §§ 32 ff. Rn. 201; *LK/Rönnau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 274; *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 96-98; *MüKoStGB/Schmitz*, Vor §§ 324 ff. Rn. 52 ff.; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rn. 61; siehe auch *Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm*, Vor §§ 324 ff. Rn. 12 ff.; ähnlich *Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 60 ff.; ausführlich *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 (878 ff.); *Winkelbauer*, NSTz 1988, 201 ff.

<sup>280</sup> Zur Begrifflichkeit: Letzteres wird in der strafrechtlichen Literatur oft als Genehmigungspflichtigkeit bezeichnet (exemplarisch *Lüthge/Klein*, ZStW 129 (2017), 48 (56 ff.)). Die Terminologie ist verwirrend. Unklar bleibt, ob die Behörde zum Erlass des Verwaltungsakts verpflichtet ist (so die Begriffsverwendung im Strafrecht) oder der Bürger für ein bestimmtes Vorhaben eine Genehmigung braucht, die fragliche Verhaltensweise also genehmigungsbedürftig bzw. genehmigungspflichtig ist (so die Begriffsverwendung im Verwaltungsrecht, siehe z. B. *Kersten*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.),

gungsfähigkeit (Konstellation (1)) hat nach h. M. keine strafrechtliche Auswirkung.<sup>281</sup> Das Genehmigungsverfahren würde, so wird argumentiert, ad absurdum geführt, wenn der Bürger bei materieller Genehmigungsfähigkeit auch ohne die Genehmigung handeln dürfte.<sup>282</sup> „Verzichtete man [...] auf die Befragung der Behörde als Rechtfertigungsvoraussetzung, so würde man private Selbsthilfe ausdrücklich anerkennen.“<sup>283</sup> Zudem sei der Ermessensspielraum der Behörde zu respektieren.<sup>284</sup> Die Gegenmeinung<sup>285</sup> will der materiellen Genehmigungsfähigkeit auf verschiedenen Wegen strafbarkeitsausschließende Wirkung zukommen lassen, weil durch Verhaltensweisen, die im Einklang mit dem materiellen Recht stehen, kein materielles Rechtsgut verletzt oder gefährdet werde. Andernfalls werde bloßer Verwaltungsungehorsam bestraft.<sup>286</sup> Teilweise wird danach differenziert, ob der Bürger zumindest einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung gestellt, d. h. das Genehmigungsverfahren eingeleitet hat, oder nicht.<sup>287</sup>

Stärker umstritten ist Konstellation (2), in der das Vorhaben des Bürgers nicht nur materiell genehmigungsfähig ist, sondern der Bürger auch einen Anspruch auf Genehmigungserteilung hat. Mit ähnlichen Argumenten wie zu Konstellation (1) votieren hier viele ebenfalls für eine rein formale Betrachtung, nach welcher allein die formelle Erteilung der Genehmigung relevant ist.<sup>288</sup> Auch bei einem Anspruch auf Genehmigungserteilung komme dem Genehmigungsverfahren aufgrund einer höheren Gewähr für Legalität, Wahrheitsfindung, Transparenz, der Beteiligung Betroffener und des Grundrechtsschutzes durch Verfahren ein materieller Eigenwert zu.<sup>289</sup> Außerdem dürfe das Bestehen eines Anspruchs des Bürgers nicht mit einem Recht zur Selbsthilfe verwechselt werden.<sup>290</sup> Andere stellen dagegen einen Anspruch auf

---

Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 3 Rn. 405). Daher wird der Begriff hier vermieden und stattdessen gleichbedeutend von einem Anspruch des Bürgers auf den Erlass der Genehmigung gesprochen.

<sup>281</sup> BGHSt 37, 21 (28 f.); BGH NStZ-RR 2018, 214; BGH NJW 2020, 2282 (2283); LK/Heghmanns, Vor § 324 Rn. 65; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, Vor §§ 324 ff., Rn. 19; Kühl, AT, § 9 Rn. 137; Lüthge/Klein, ZStW 129 (2017), 48 (54 ff.); NK/Paeffgen/Zabel, Vor §§ 32 ff. Rn. 202; NK/Ransiek, § 324 Rn. 27; differenzierend Rengier, ZStW 101 (1989), 874 (883 f. und 902 ff.); ders., BT II § 47 Rn. 21; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 290; Roxin/Greco, AT I, § 17 Rn. 66; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (197 f.); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 119; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 62c; Winkelbauer, NStZ 1988, 201 (203).

<sup>282</sup> Lüthge/Klein, ZStW 129 (2017), 48 (55); Roxin/Greco, AT I, § 17 Rn. 66.

<sup>283</sup> Rengier, ZStW 101 (1989), 874 (883).

<sup>284</sup> LK/Heghmanns, Vor § 324 Rn. 65; Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 119.

<sup>285</sup> Perschke, wistra 1996, 161 (167); für einen Strafausschließungsgrund Winkelbauer, NStZ 1988, 201 (203 f.).

<sup>286</sup> Perschke, wistra 1996, 161 (167).

<sup>287</sup> Ebd.

<sup>288</sup> BGHSt 37, 21 (28 f.); BGH NJW 2020, 2282 (2284); LK/Heghmanns, Vor § 324 Rn. 65; NK/Paeffgen/Zabel, Vor §§ 32 ff. Rn. 202; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 291; differenzierend Lüthge/Klein, ZStW 129 (2017), 48 (61 ff. und 74); für Versuchsstrafbarkeit MüKoStGB/Schmitz, Vor §§ 324 ff. Rn. 97.

<sup>289</sup> Lüthge/Klein, ZStW 129 (2017), 48 (70 ff.); vgl. auch LK/Heghmanns, Vor § 324 Rn. 65.

<sup>290</sup> NK/Paeffgen/Zabel, Vor §§ 32 ff. Rn. 202; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 291.

Genehmigungserteilung der erteilten Genehmigung strafrechtlich gleich.<sup>291</sup> Alles andere bestrafe erneut bloßen Verwaltungsungehorsam.<sup>292</sup> Mehr noch: Man bestrafe den von der Praxis der jeweiligen Behörde abhängigen<sup>293</sup> Bürger letztlich für die rechtswidrige Untätigkeit der Behörde, die ihrer Pflicht zur Genehmigungserteilung nicht nachkommt.<sup>294</sup> Außerdem sei hier der Interessenskonflikt bereits vom Gesetzgeber entschieden worden, sodass einerseits der Verwaltung kein relevanter Entscheidungsspielraum mehr zukomme, den man zu respektieren hätte, andererseits jedoch die gesetzgeberische Entscheidung strafrechtlich nicht missachtet werden dürfe.<sup>295</sup>

Wie beim Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB geht es bei der strafrechtlichen Relevanz der materiellen Genehmigungsfähigkeit um die Bedeutung staatlicher Verfahren und deren Verhältnis zur materiellen Rechtslage. Auch die Argumente ähneln sich und werden die Arbeit noch häufiger beschäftigen.

### c) Aufenthaltsdelikte und Kriegsdienstverweigerer

Weitere Beispiele betreffen Verstöße gegen das AufenthG und das Kriegsdienstverweigerungsrecht. Auch hier stellen sich Fragen zum Verhältnis zwischen formeller und materieller Rechtslage.

#### aa) Aufenthalts- und Asylrecht

Eine Notstandsrechtfertigung steht im Raum, wenn gegen aufenthalts- und asylrechtliche Vorgaben verstoßen und damit ein Straftatbestand nach § 95 AufenthG (z. B. unerlaubte Einreise nach Abs. 1 Nr. 3) erfüllt wird, um Gefahren für Leib, Leben und Freiheit im jeweiligen Heimatland zu entgehen. Dabei stehen sich die jeweiligen Individualrechtsgüter des (politisch) Verfolgten und die von § 95 AufenthG geschützten Rechtsgüter gegenüber. Dieser schützt nach h. M. unmittelbar nur formelle und erst mittelbar materielle Güter.<sup>296</sup> Unmittelbares Schutzgut sei das aufenthaltsrechtliche Verfahren und dessen Steuerungs- und Kontrollfunktion. Mittelbar würden die in § 1 AufenthG genannten Interessen der Allgemeinheit (u. a. Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung) und ähnliche migrationspolitische Belange (Leis-

<sup>291</sup> NK/Ransiek, § 324 Rn. 28; Roxin/Greco, AT I, § 17 Rn. 66; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (197 f.); ders., NStZ 1984, 248 (252 f.); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 120; MüKoStGB/Schlehofer, Vor § 32 Rn. 245 ff.; MüKoStGB/Schmitz, Vor § 324 Rn. 95; konsequenterweise die in B. Fn. 285 Genannten; vgl. auch Jakobs, FS Saito, S. 17 (31).

<sup>292</sup> Vgl. auch Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 120.

<sup>293</sup> Siehe auch Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 92.

<sup>294</sup> NK/Ransiek, § 324 Rn. 28.

<sup>295</sup> Vgl. Rudolphi, NStZ 1984, 193 (198); MüKoStGB/Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 249; vgl. aber auch Kühl, FS Lackner, S. 815 (836 ff.).

<sup>296</sup> Siehe m. w. N. MüKoStGB/Gericke, § 95 AufenthG Rn. 1; J. Lorenz, NStZ 2002, 640; Werkmeister, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, S. 187 (193 ff.) mit Kritik ebd., S. 196–200.

tungsfähigkeit der Sozialsysteme usw.) geschützt.<sup>297</sup> Was staatliche Verfahren angeht, deren Verhältnis zu § 34 StGB fraglich ist, ist an die Beantragung eines Aufenthaltstitels (§ 4 AufenthG) oder die Stellung eines Asylantrags (§ 13 AsylG mit der Folge des § 25 Abs. 1 AufenthG) und ggf. an Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu denken.

Ein solcher Fall wurde im Jahr 1987 vom OLG Frankfurt a. M. entschieden.<sup>298</sup> Ein türkischer Staatsangehöriger war wegen unerlaubten Aufenthalts (heute: § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) angeklagt. Nach der behördlichen Ablehnung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und der Aufforderung, das Bundesgebiet zu verlassen, beantragte der Angeklagte einstweiligen Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht und verweilte bis zur gerichtlichen Entscheidung im Bundesgebiet. Der Vorwurf des unerlaubten Aufenthalts bezog sich auf die Zeit zwischen behördlicher Versagung und verwaltungsgerichtlicher Entscheidung. Das OLG hielt eine Rechtfertigung nach § 34 StGB für möglich, wenn der Angeklagte die Ausreise unterlässt, um sein Leben zu schützen.<sup>299</sup> Weiterhin komme ein Strafaufhebungsgrund in Betracht, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Versagung der Aufenthaltserlaubnis materiell rechtswidrig, aber zum Tatzeitpunkt noch wirksam ist, weil die Tat sich dann als rein verwaltungsrechtlicher Ungehorsam darstelle.<sup>300</sup> Ähnlich entschied im Jahr 1996 das BayObLG.<sup>301</sup> Der Antrag eines Asylbewerbers wurde behördlicherseits abgelehnt, aber der Antragsteller ging hiergegen gerichtlich vor. Weil er bis zur gerichtlichen Entscheidung abgetaucht war, um sich der zwischenzeitlichen Abschiebung zu entziehen und sich vor Repressalien im Heimatland zu schützen, wurde er wegen unerlaubten Aufenthalts angeklagt. Auch das BayObLG hielt eine Rechtfertigung der Tat nach § 34 StGB für nicht ausgeschlossen.<sup>302</sup>

Im Zusammenhang mit der (unerlaubten) Einreise ist neben § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG auch an die Verwirklichung von Begleitdelikten, beispielsweise des § 267 StGB, zu denken. In diesen Fällen werden z. B. gefälschte Ausweisdokumente verwendet, um ins Bundesgebiet einreisen zu können. Damit stehen sich die durch § 267 StGB geschützte Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden<sup>303</sup> und die Individualrechtsgüter der Einreisenden gegenüber. Alternativ könnte man auch ein Asylverfahren einleiten.<sup>304</sup> Ein solcher Fall landete 1996 vor dem OLG

<sup>297</sup> Näher dazu *Werkmeister*, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, S. 187 (195).

<sup>298</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 21.08.1987 – 1 Ss 488/86, StV 1988, 301 = NVwZ 1988, 286 = GA 1987, 549; kritische Anm. bei *Rittstieg*, InfAusLR 1988, 17; *Wolf*, StV 1988, 303.

<sup>299</sup> OLG Frankfurt, StV 1988, 301 (302).

<sup>300</sup> Ebd.

<sup>301</sup> BayObLG, Beschl. v. 22.03.1996 – 4St RR 39/96 –, juris = NSTz 1996, 395 = StV 1996, 550.

<sup>302</sup> BayObLG, Beschl. v. 22.03.1996 – 4St RR 39/96 –, juris Rn. 20.

<sup>303</sup> Dazu nur *Schönke/Schröder/Heine/Schuster*, § 267 Rn. 1.

<sup>304</sup> Siehe auch BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08.12.2014 – 2 BvR 450/11 –, juris Rn. 60; der Problematik um die Reichweite des § 95 Abs. 5 AufenthG i. V.m. Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention bzgl. solcher Begleitdelikte wird vorliegend nicht nachgegangen; dazu etwa OLG

Frankfurt a.M.<sup>305</sup> Ein türkischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit fälschte einen Reisepass, um damit ins Bundesgebiet einreisen zu können und danach einen Asylantrag zu stellen. In seinem Heimatland war er politischer Verfolgung ausgesetzt und fürchtete Gefahren für Leib und Leben. Das OLG zog eine Rechtfertigung des Urkundendelikts wegen Notstands in Betracht<sup>306</sup> und verwies zur erneuten Entscheidung an die Ausgangsinstanz zurück. Eine entgegengesetzte Entscheidung fällte das OLG München im Jahr 2010.<sup>307</sup> Eine irakische Staatsangehörige hatte einen Reisepass und einen Aufenthaltstitel gefälscht, um ins Bundesgebiet einreisen zu können, weil sie und ihre Tochter im Irak Gefahren für Leib und Leben fürchteten. Das OLG verneinte eine Rechtfertigung nach § 34 StGB, weil es an einer nicht anders abwendbaren Gefahr fehle und die Güterabwägung zum Nachteil der Angeklagten ausfalle.<sup>308</sup>

In der Literatur zeigt sich ein gespaltenes Bild. Manche nehmen eine Notstandsrechtfertigung an.<sup>309</sup> Es stünden individuelle Güter von höchstem Wert auf dem Spiel, welche durch Verletzung untergeordneter Ordnungswerte geschützt würden. Bei der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB überwiege daher das Erhaltungsinteresse.<sup>310</sup> Die h.M. sieht eine Rechtfertigung der Delikte jedoch kritisch.<sup>311</sup> Zunächst sei die Gefahr im Sinne des § 34 StGB anders abwendbar, nämlich durch Einleitung eines entsprechenden Verfahrens nach Aufenthalts- und Asylrecht.<sup>312</sup> Auch wenn dieses erfolglos bleibe, sei die Tat nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB: Das behördliche Verfahren berücksichtige die Gefahren für Leib, Leben und Freiheit bereits, und die hier vorgenommene Abwägung dürfe nicht durch § 34 StGB unterlaufen werden.<sup>313</sup> Andernfalls entwickle sich § 34 StGB zur aufenthaltsrechtlichen Generalklausel und die Regelungen des Aufenthalts- und Asylrechts verlören ihre Bedeutung.<sup>314</sup> Insgesamt sei nur der Staat zur Entscheidung über die Einwanderung berufen, nicht aber der einzelne Notstandstäter.<sup>315</sup>

---

Bamberg, Urt. v. 24.09.2014 – 3 Ss 59/13 –, juris = NStZ 2015, 404 = StV 2015, 358; allgemein Huber/Mantel/Hörich/Bergmann, § 95 AufenthG Rn. 281.

<sup>305</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.10.1996 – 1 Ss 232/96, StV 1997, 78.

<sup>306</sup> OLG Frankfurt, StV 1997, 78.

<sup>307</sup> OLG München, Beschl. v. 29.03.2010 – 5St RR (II) 79/10 –, juris.

<sup>308</sup> OLG München, Beschl. v. 29.03.2010 – 5St RR (II) 79/10 –, juris Rn. 11.

<sup>309</sup> *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386 (389 f.); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 23; bzgl. der Urkundenfälschung auch *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 30.

<sup>310</sup> Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 23.

<sup>311</sup> *Abramenko*, NStZ 2001, 71 ff.; *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (81); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 256; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 231 f.; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 485; unter dem Gesichtspunkt der Gewissenstat auch *Radtke*, GA 2000, 19 (34 f.).

<sup>312</sup> *Abramenko*, NStZ 2001, 71 (72); darauf weist auch das BVerfG hin, vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08.12.2014 – 2 BvR 450/11 –, juris Rn. 60.

<sup>313</sup> *Abramenko*, NStZ 2001, 71 (72); vgl. auch *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 162.

<sup>314</sup> *Abramenko*, NStZ 2001, 71 (72 f.); vgl. auch *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54.

<sup>315</sup> *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (81).

*bb) Kriegsdienstverweigerer*

Ähnliche Fragen stellen sich im Bereich des Wehrstrafrechts. Ein Beispielsfall beschäftigte das BayOBLG im Jahr 1976.<sup>316</sup> Dem Angeklagten wurde eigenmächtige Abwesenheit von der Truppe oder Dienststelle nach § 15 WStG und Gehorsamsverweigerung nach § 20 WStG vorgeworfen. Er war zuvor als wehrfähig gemustert worden, beantragte jedoch die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer (heute: § 2 KDVG). Diese wurde ihm versagt, wogegen er Rechtsmittel einlegte. Seiner zwischenzeitlichen Einberufung durch das Kreiswehrrersatzamt folgte er nicht. Als er zwangsweise der Truppe zugeführt wurde, verweigerte er den Gehorsam. Später wurde vom Verwaltungsgericht festgestellt, dass er zur Kriegsdienstverweigerung berechtigt war. Unter Notstandsgesichtspunkten wandte der Täter eine Gefahr für sein Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG ab, indem er die von § 15 WStG geschützte Funktionsfähigkeit der Streitkräfte<sup>317</sup> bzw. die von § 20 WStG geschützte Autorität des Vorgesetzten,<sup>318</sup> jeweils also die „Einsatzbereitschaft und Schlagkraft der Truppe“<sup>319</sup> beeinträchtigte. Als staatliche Verfahren kommen die Verfahren zur Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer und Rechtsschutz im Verwaltungsrechtsweg in Betracht.

Das BayOBLG hielt am Schuldpruch der Vorinstanzen fest. Insbesondere ergebe sich eine Straffreiheit weder aus Art. 4 Abs. 3 GG noch aus § 34 StGB. Das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Kriegsdienstverweigerung werde erst dann rechtlich anerkannt, wenn die Rechtmäßigkeit der Weigerung im behördlichen Prüfungsverfahren festgestellt wurde.<sup>320</sup> Eine Notstandsrechtfertigung sei daher ebenfalls ausgeschlossen.<sup>321</sup> Den Umstand, dass der Angeklagte einen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt habe, jedoch durch die Dauer des Verfahrens an der Durchsetzung seines Rechts vor der Einberufung gehindert war, könne allenfalls strafmildernd berücksichtigt werden.<sup>322</sup> *Reinhard von Hippel* weist u. a. darauf hin, dass es für die Strafbarkeit allein auf die formelle Verfahrenslage, nicht aber auf das materielle Gewissen des Täters an komme. Dieses werde erst in der Strafzumessung berücksichtigt.<sup>323</sup>

*cc) Zwischenbemerkungen*

Sowohl bei den Fällen zum Aufenthalts- und Asylrecht als auch beim Kriegsdienstverweigerer-Fall bezieht sich der Tatvorwurf auf die Zeit zwischen negativer behördlicher Bescheidung und gerichtlicher Entscheidung im Rechtsschutzverfahren. Staat-

<sup>316</sup> BayOBLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris = JR 1977, 117.

<sup>317</sup> Zum Rechtsgut des § 15 WStG z. B. MüKoStGB/*Dau*, § 15 WStG Rn. 1.

<sup>318</sup> Zum Rechtsgut des § 20 WStG z. B. MüKoStGB/*Dau*, § 20 WStG Rn. 1.

<sup>319</sup> *V. Hippel*, JR 1977, 119.

<sup>320</sup> BayOBLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris Rn. 18.

<sup>321</sup> BayOBLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris Rn. 19.

<sup>322</sup> BayOBLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris Rn. 27.

<sup>323</sup> *Vgl. v. Hippel*, JR 1977, 119.

liche Verfahren wurden also bereits eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen, und in dieser „Schwebe“ muss strafrechtlich über die Notstandsrechtfertigung entschieden werden. Problematisch wird dies, wenn, wie im Fall des Asylrechts und des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung die Anerkennung einer Berechtigung selbst von einem staatlichen Verfahren abhängt (h. M.).<sup>324</sup> Dann ist fraglich, ob ohne eine solche Anerkennung überhaupt ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegt oder dieses erst durch die Anerkennung entsteht.<sup>325</sup> Das erinnert an die oben zur Kollision von Vermögenswerten vertretene Ansicht, die die Notstandsfähigkeit eines Rechtsguts ebenfalls von staatlichen Verfahren abhängig machte.<sup>326</sup> Nimmt man diese Gemeinsamkeit ernst, erklärt sich jedenfalls auf den ersten Blick nicht, weshalb die Fälle nicht einheitlich beurteilt wurden.

### 5. Schutz eines Kollektivrechtsguts durch Beeinträchtigung eines Kollektivrechtsguts

Schließlich sind Fälle denkbar, in denen Individualrechtsgütern allenfalls eine mittelbare Bedeutung zukommt, sich jedoch unmittelbar nur Rechtsgüter der Allgemeinheit gegenüber stehen. Ein solcher Fall, der oft im gleichen Zug mit den bereits dargestellten Beispielen aus dem Umweltstrafrecht (oben 4.b)) erwähnt wird,<sup>327</sup> wurde im Jahr 1981 vom LG Bremen entschieden.<sup>328</sup> Der Leiter eines Wasserwirtschaftsamts war wegen Gewässerverunreinigung (heute: § 324 StGB) angeklagt. Um zu vermeiden, dass Binnenschiffer das Bilgenwasser ihrer Schiffe<sup>329</sup> „wild“ (und un bemerkt) in die Weser einleiten und damit deren Wasser verunreinigen, beauftragte der Angeklagte ein privates Unternehmen, ein sogenanntes Bilgenentölerboot zu betreiben. Dieses nahm das Bilgenwasser der Schiffe auf und reinigte es, bevor es ins Gewässer eingeleitet wurde. Der Vorwurf der Gewässerverunreinigung stützte sich nun darauf, dass auch das von dem Entölerboot eingeleitete Wasser noch die umweltrechtlichen Grenzwerte überschritt und das Gewässer verunreinigte – wenngleich weniger stark als durch das wilde Entleeren. Technisch möglich, aber kostenintensiver, wäre eine stationäre Entölung, die bessere Ergebnisse erzielt hätte, gewesen. Der Angeklagte berief sich u. a. auf § 34 StGB: Der Einsatz der Entölerboote stelle das im Vergleich zum wilden Entleeren geringere Übel dar. Damit handelt es sich unter Notstandsgesichtspunkten auf Erhaltungs- und Eingriffsseite um dasselbe kollektive Rechtsgut, nämlich den Ist-Zustand des Wassers vor der Verunreinigung.<sup>330</sup> Als

<sup>324</sup> Siehe nur *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (5); *ders.*, FS Eichenberger, S. 183 (185).

<sup>325</sup> Vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (76): Es kommt auf die Bedeutung des Verfahrens an.

<sup>326</sup> Siehe nochmals NK/*Neumann*, § 34 Rn. 28.

<sup>327</sup> Etwa bei *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 259–262.

<sup>328</sup> AG Bremen, Urt. v. 05.03.1981 – 74 Ds 77 Js 19/80, NStZ 1981, 268; LG Bremen, Urt. v. 03.06.1981 – 18 Ns 71 Js 19/80, NStZ 1982, 164 m. Anm. *Möhrenschlager*.

<sup>329</sup> Bei Bilgenwasser handelt es sich um ein beim Schiffsbetrieb anfallendes Gemisch aus Wasser, Öl, Reinigungsmitteln und Emulsionen.

<sup>330</sup> MüKoStGB/*Alt*, § 324 Rn. 3.

staatliches Verfahren ist an einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis für das Betreiben des Entölerboots zu denken.<sup>331</sup>

Das AG Bremen verurteilte den Angeklagten und lehnte eine Rechtfertigung mit der Begründung ab, fiskalische Gesichtspunkte – Einsparungen im Vergleich zur stationären Entölung – hätten in der Abwägung keinen Vorrang vor der Einhaltung des Wasserrechts.<sup>332</sup> Die Berufung zum LG Bremen hatte jedoch Erfolg; der Angeklagte wurde freigesprochen.<sup>333</sup> Er habe gerechtfertigt gehandelt, denn er „hatte [...] nur die Wahl, entweder weiterhin eine erhebliche Verschmutzung des Weserwassers dadurch hinzunehmen, dass die Binnenschiffer ihr völlig ungesäubertes ölhaltiges Bilgenwasser wild in die Weser entließen, oder dem Umweltschutz wenigstens insoweit wie finanziell und technisch möglich, Geltung zu verschaffen.“<sup>334</sup> Er habe sich in der konkreten Konfliktsituation zugunsten des überwiegenden Interesses entschieden und eine sachlich und rechtlich richtige Lösung gefunden.

Die Entscheidung des LG stößt in der Literatur überwiegend auf Widerspruch.<sup>335</sup> Viele betonen, dass für das Einleiten des Bilgenwassers durch das Entölerboot eine Erlaubnis nach WHG hätte beantragt werden müssen.<sup>336</sup> Wäre sie erteilt worden, hätte für § 34 StGB kein Bedürfnis mehr bestanden; wäre sie versagt worden, hätte diese Entscheidung nicht durch die Anwendung des § 34 StGB unterlaufen werden dürfen. Alles andere umgehe die verwaltungsbehördliche Entscheidungsprärogative bei der Abwägung zwischen Ökonomie und Ökologie.<sup>337</sup> Insbesondere *Manfred Möhrenschrager* sieht ein grundsätzliches Problem: Weil das Verhalten des Angeklagten verständlich und auf lange Sicht im Vergleich zur schwer zu verhindernden Praxis des wilden Entleerens zu befürworten gewesen sei, greife die Strafergerichtsbarkeit zur Erreichung des gewünschten Ergebnisses (Freispruch) auf § 34 StGB als „letzten Strohalm“ zurück, der so zu einem Mittel der Gesetzeskorrektur werde.<sup>338</sup>

Das Urteil des LG Bremen im Bilgenentöler-Fall widerspricht den oben beschriebenen Entscheidungen zu „Ökonomie vs. Ökologie“, welche in Sachen Notstandsrechtfertigung eine restriktivere Haltung vertraten. Dass anders als etwa in den Urteilen zur BtM-Eigentherapie auf eine vorrangige Abwägung in Spezialnormen oder staatlichen Verfahren nicht eingegangen wurde, ist ebenfalls bemerkenswert. Aller-

<sup>331</sup> Hier geht es um die Strafbarkeit des Leiters des Wasserwirtschaftsamts, wodurch der Fall in die Nähe der in dieser Arbeit ausgeklammerten Frage, ob sich Hoheitsträger auf § 34 StGB berufen können, gelangt.

<sup>332</sup> AG Bremen, NStZ 1981, 268.

<sup>333</sup> LG Bremen, NStZ 1982, 164.

<sup>334</sup> LG Bremen, NStZ 1982, 164 (165).

<sup>335</sup> LK/*Heghmanns*, § 324 Rn. 58; Schönke/Schröder/*Heine/Schittenhelm*, § 324 Rn. 13; *Möhrenschrager*, NStZ 1982, 165 f.; *Rudolphi*, NStZ 1984, 193 (196); *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 260; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 130; vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88); unkritisch bis zustimmend jedoch *Michalke*, Umweltstrafsachen, Rn. 106.

<sup>336</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88); *Möhrenschrager*, NStZ 1982, 165 (166); *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 260; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 130.

<sup>337</sup> *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 260.

<sup>338</sup> *Möhrenschrager*, NStZ 1982, 165.

dings finden sich jedenfalls implizit Gedanken, die auch bereits an anderer Stelle angeführt wurden: Privates Vorgehen ist kostengünstiger bzw. effizienter als staatliche Gefahrenabwehr. Davon gehen auch Stellungnahmen zum Bergsteiger-Fall aus. Mit der dort einhelligen Befürwortung der Notstandsrechtfertigung stimmt die Kritik der Literatur am LG Bremen aber nicht überein.

### 6. Erkenntnisse

In der Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren ist keine einheitliche Linie zu erkennen. Die Entscheidungen unterscheiden sich sowohl hinsichtlich des Problembewusstseins als auch im Ergebnis und in der Begründung. Zunächst zeigte sich, dass die Rechtsprechung staatlichen Verfahren und ihrem Einfluss auf die Notstandsrechtfertigung in einigen Entscheidungen (z. B. in den Konzertreise-, Mandantengelder- und Umweltschutz-Fällen) gar keine Beachtung schenkt, sondern sich stattdessen auf eine Abwägung der widerstreitenden Interessen beschränkt. Anstatt mit dem Problem möglicherweise vorrangiger staatlicher Verfahren bei § 34 StGB angemessen umzugehen, wird das Problem in der Praxis also oft umgangen; satt Lösungswegen werden Ausweichmöglichkeiten angeboten.

Wird das Problem als ein solches erkannt, bestehen starke Unterschiede in der Vorgehensweise. Oft werden staatliche Verfahren innerhalb der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr bei § 34 StGB angesprochen, doch wird dieses Merkmal, wie etwa der Vergleich zwischen „Spanner“-Fall und dem „Krieg gegen Rechtsradikale“ oder zwischen den BtM-Eigentherapie-Fällen und den Tierschützer-Fällen zeigt, teils als Erforderlichkeit, teils als normative Subsidiarität ausgelegt,<sup>339</sup> was sich wiederum v. a. dann auf das Ergebnis auswirkt, wenn staatliche Verfahren im Einzelfall *nicht* zur Abwehr der Gefahr führen (können oder dürfen). Andere Entscheidungen berücksichtigen staatliche Verfahren erst im Rahmen der Interessenabwägung und wägen, wie z. B. im Überschwemmungs-Fall, das Interesse an der Einhaltung des Verfahrens gegen das geschützte (materielle) Interesse ab. Oft wird auch eine Lösung auf Ebene des subjektiven Rechtfertigungselements (Tierschützer-Fall I) oder der Schuld gesucht und dabei teilweise, wie im „Spanner“-Fall, die Rechtfertigungsfrage sogar offengelassen. Wer auf eine Stellungnahme zur Rechtfertigung verzichtet, verweigert dem Eingriffsoffer aber eine rechtliche Beurteilung der Tat.<sup>340</sup> Wie viele Fälle zeigen, hängt von der Rechtfertigung des Täters zudem die Frage ab, ob sich das Opfer gegen die Tat rechtmäßig (§ 32 StGB) zur Wehr setzen dürfte – auch dies bleibt dann ungeklärt.

<sup>339</sup> Vgl. nochmals *Lesch*, StV 1993, 578 (581).

<sup>340</sup> Zum „Spanner“-Fall oben B. Fn. 13; allgemein zum Offenlassen von Unrechtsmerkmalen *Hillenkamp*, FS Rengier, S. 553 ff.; zum autonomen Fahren *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 12 (2018), 59 (61): Ausweichen auf die Schuld sei nicht möglich, wenn es um die Programmierung eines Fahrzeugs im Vorfeld geht.

Was die inhaltliche Beurteilung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren angeht, sind nur wenige einheitlich verwendete Kriterien ersichtlich. Während in den Entscheidungen zur BtM-Eigentherapie das staatliche Verfahren unabhängig von seinem Ergebnis vorrangig sein soll, wurden die Täter in den Fällen Tierschützer-I und Feldbefreier-I wegen fehlender Erfolgsaussichten des staatlichen Verfahrens nach § 34 StGB gerechtfertigt. Im „Krieg gegen Rechtsradikale“ verlangten die Gerichte ebenso wie in den Fällen der Eigentherapie vom Täter, zunächst staatliche Hilfe zu ersuchen. Dass dies in den Fällen zu „Ökonomie vs. Ökologie“ teilweise erfolgt ist und dort, wie auch bei den Gentechnik-Fällen, oft eine wirksame Genehmigung vorlag, blieb aber oft unberücksichtigt. Weiterhin verneinte man eine Rechtfertigung im „Krieg gegen Rechtsradikale“, weil rechtzeitige staatliche Hilfe verfügbar gewesen wäre, aber nicht herbeigeholt wurde, während sich die Notstandslage in den Fällen zum Aufenthaltsrecht und im Kriegsdienstverweigerer-Fall erst infolge des behördlichen Verfahrens und der Dauer des Rechtsschutzverfahrens ergab. Löst man sich von solchen Einzelvergleichen und blickt aus einer übergeordneten Perspektive auf die vier Fallgruppen, dann zeigt sich beim Vergleich der ersten beiden Fallgruppen mit den letzten beiden, dass eine Rechtfertigung eher möglich zu sein scheint, wenn in Individualrechtsgütern eingegriffen wird, als wenn das beeinträchtigte Rechtsgut der Allgemeinheit zugeordnet ist. Ein Vergleich der Fallgruppen zwei und drei zeigt zudem, dass individuelle Rechtsgüter in der Praxis eher zum Erhalt kollektiver Rechtsgüter geopfert werden als umgekehrt. Vom Einzelnen wird also offenbar gegenüber der Allgemeinheit ein höheres Maß an Aufopferungsbereitschaft verlangt, als er im Gegenzug von der Gesellschaft erwarten kann.

Zusammengefasst sind die Ansätze in der Praxis genauso vielgestaltig wie die Lebensbereiche und einschlägigen Rechtsgebiete der verschiedenen Fälle. Es tauchen zwar oft ähnliche Überlegungen auf, doch werden daraus nicht selten gegenteilige Schlüsse gezogen. Dies ermöglicht es, im Einzelfall zu möglichst „gerechten“ Ergebnissen zu gelangen. Das ist zwar aus Sicht des konkreten Falls verständlich, schadet aber der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen.<sup>341</sup>

### III. Meinungsstand in der Literatur

#### 1. Einleitung

Angesichts der Unklarheiten in der Praxis überrascht es, dass in der Rechtswissenschaft ausführliche Auseinandersetzungen mit dem Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren vergleichsweise rar sind.<sup>342</sup> Das Problem firmiert nur sel-

<sup>341</sup> Vgl. auch *Arzt*, FS Rehberg, S. 25 (36 ff.).

<sup>342</sup> Hervorzuheben sind die Überlegungen bei *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 ff; *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 218–235; vergleichsweise detailliert auch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 182–185, 249–27; *Jakobs*, AT, 13/36 ff.

ten unter einer einheitlichen Überschrift,<sup>343</sup> sondern wird vielfach in verschiedene Einzelprobleme aufgeteilt. Verbreitet ist eine Dreiteilung in eine Pflicht zur Inanspruchnahme obrigkeitlicher Hilfe als Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr (dazu sogleich 2.), einen Vorrang gesetzgeberischer Vorwegentscheidungen<sup>344</sup> (dazu unten 3.) und eine Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren im engeren Sinne (dazu unten 4.).<sup>345</sup>

## 2. Staatliche Verfahren als effektivere oder mildere Mittel

### a) Einleitung

Wenn die Rechtsprechung die Konkurrenz zwischen staatlicher und privater Notlagenbekämpfung nicht selten auf Ebene der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr ansiedelt, findet sie dafür in der Literatur manche Gefolgsleute. Die Gefahr sei, so wird häufig gesagt, anders als durch die private Notstandshandlung abwendbar, wenn rechtzeitige staatliche Hilfe verfügbar ist.<sup>346</sup> Weil das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr bei § 34 StGB im Ausgangspunkt dem der Erforderlichkeit bei § 32 StGB entspricht und verlangt, dass die Notstandshandlung zur Abwehr der Gefahr so geeignet und für das Eingriffsgut so schonend wie möglich ist,<sup>347</sup> werden oft auch Stellungnahmen zur Erforderlichkeit der *Notwehr* im Verhältnis zu staatlicher Hilfe<sup>348</sup> auf § 34 StGB übertragen. Dabei können zwei Probleme unterschieden werden.

<sup>343</sup> Siehe jedoch insbesondere Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 218–235.

<sup>344</sup> So die Bezeichnung bei Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 35.

<sup>345</sup> Exemplarisch Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 20, 35, 41–41e; Rengier, AT, § 19 Rn. 23, 56, 57; ohne Erforderlichkeit, aber ebenso mit Trennung zwischen Entscheidungen des Gesetzgebers und Sperrwirkung staatlicher Verfahren auch Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (69 ff.); die Aufteilung zeigt sich auch bei NK/Neumann, § 34 Rn. 119–120, wengleich beide Kategorien – insoweit übereinstimmend mit dem hier verfolgten Ansatz – unter der Überschrift „abschließende Verfahrensregelungen“ behandelt werden.

<sup>346</sup> So mit unterschiedlicher Formulierung Bock, ZStW 131 (2019), 555 (567); Busche, KlimR 2023, 103 (105); Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 21 (siehe aber auch Rn. 35); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 115 (siehe aber auch Rn. 254 ff.); Fischer, § 34 Rn. 9a; Lackner/Kühl/Heger, § 34 Rn. 3; Jakobs, AT, 13/18 (siehe aber auch 13/36 ff.); Kühl, AT, § 8 Rn. 86 (siehe aber auch Rn. 175 ff.); Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (78); Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 16 Rn. 88; NK/Neumann, § 34 Rn. 58 (siehe aber auch Rn. 119 f.); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 20 (siehe aber auch Rn. 35 und 40 ff.); Rengier, AT, § 19 Rn. 23 (siehe aber auch Rn. 56 f.); Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 252; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 468 (siehe aber auch Rn. 485); LK/Zieschang, § 34 Rn. 94 (siehe aber auch Rn. 162).

<sup>347</sup> Siehe nur Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 18; zum Vergleich der Merkmale bei § 32 und § 34 StGB Petersen, JA 2017, 502 ff.; näher dazu unten C.IV.2.b), S. 174 ff.

<sup>348</sup> Aus neuerer Zeit hervorzuheben sind insbesondere Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 152–176; Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 236–311; vgl. auch R. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 291–306; zur Notwehr durch Unterlassen Lagodny, GA 1991, 300 (309 ff.); Stahl, Notwehr gegen Unterlassen, S. 276 ff.; kritisch Schmidhäuser, GA 1991, 97 (123).

### b) Präsenze oder rechtzeitig erreichbare staatliche Hilfe

Um zu klären, ob staatliche Hilfe als Alternative bei der Verteidigung eines Rechtsguts im Rahmen der Erforderlichkeit überhaupt zu berücksichtigen ist, besteht bei der *Notwehr* zunächst über zeitliche und räumliche Fragen Streit. Verbreitet ist die Unterscheidung zwischen (1.) präsenzer, (2.) ohne Rechtseinbuße herbeiholbarer und (3.) nur durch ein Verhalten mit Flucht- oder Ausweichcharakter erreichbarer staatlicher Hilfe.<sup>349</sup> Dabei geht man oft von staatlicher Hilfe in Form von Beamten des Polizeivollzugsdiensts aus, die sich entweder (1.) zufällig in unmittelbarer Nähe zum Geschehen aufhalten, (2.) gerade in einer Querstraße patrouillieren und ohne weiteres erreichbar sind, oder aber (3.) so weit vom Tatort entfernt sind, dass ihre Hilfe nicht ohne zwischenzeitliche Rechtseinbuße oder „schmähliches“ Ausweichen erreichbar ist.<sup>350</sup> Jedenfalls in Fall (3.) sei eine private Verteidigung erforderlich, weil Flucht und Ausweichen bei der *Notwehr* generell nicht verlangt werden.<sup>351</sup>

Anders als § 32 StGB verlangt § 34 StGB keinen gegenwärtigen Angriff, sondern nur eine gegenwärtige Gefahr. Daher besteht im Regelfall mehr Zeit für die Rettung.<sup>352</sup> Außerdem stellen auf Ebene der Erforderlichkeit anders als bei der *Notwehr* Flucht und Ausweichen unstreitig mildere Mittel dar.<sup>353</sup> Deshalb wird bei § 34 StGB über das räumlich-zeitliche Moment im Verhältnis zu staatlichen Verfahren weniger kontrovers diskutiert. Von rechtzeitig erreichbarer und daher im Rahmen der Nicht-anders-Abwendbarkeit zu berücksichtigender staatlicher Hilfe sei auszugehen, wenn sich die Gefahr bei Herbeiholen der Hilfe zwischenzeitlich nicht wesentlich erhöhen oder in einem Schaden realisieren würde.<sup>354</sup> Anderen zufolge kommt es darauf an, ob der Aufwand zum Herbeischaffen der Hilfe im Vergleich zum Schadensrisiko angemessen ist.<sup>355</sup> Das erste Vorgehen verlangt eine Prognose auf tatsächlicher Grundlage, das zweite v. a. einen Wertungsakt. Unterschiede im Ergebnis bestehen allerdings selten.

### c) Erforderlichkeit oder Subsidiarität

Nachdem geklärt ist, ob staatliche Hilfe und private Verteidigung im Rahmen der Erforderlichkeit überhaupt miteinander konkurrieren, ist im nächsten Schritt um-

<sup>349</sup> Exemplarisch *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 50; *Seebode*, FS Krause, S. 375 (385 f.).

<sup>350</sup> Siehe nur *Kühl*, AT, § 7 Rn. 120; *Lagodny*, GA 1991, 300 (309); *Seebode*, FS Krause, S. 375 (385 f.).

<sup>351</sup> Siehe etwa *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 174 ff.; *Matt/Renzikowski/ders.*, § 32 Rn. 34; *R. Haas*, *Notwehr und Nothilfe*, S. 304; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 120 f.; *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (112); *Schönke/Schröder/Perron/Eisele*, § 32 Rn. 41; *LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 184; enger *MüKo-StGB/Erb*, § 32 Rn. 141; ausführlich *Sengbusch*, Subsidiarität der *Notwehr*, S. 280 ff.

<sup>352</sup> *Rengier*, AT, § 19 Rn. 23.

<sup>353</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 77; vgl. auch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 115; zu den Unterschieden zwischen § 32 und § 34 StGB im Überblick *Petersen*, JA 2017, 502 (506).

<sup>354</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 88; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 94.

<sup>355</sup> *Jakobs*, AT, 13/18.

stritten, wie diese Konkurrenzlage gelöst werden soll.<sup>356</sup> Fraglich ist, ob eine präsen- oder rechtzeitig erreichbare staatliche Alternative *immer* oder zumindest *im Zweifel* gegenüber privaten Rettungsmaßnahmen vorrangig ist, oder ob ein solcher Vorrang nur besteht, wenn staatliche Hilfe sich als (besser) geeignet und/oder als das relativ mildeste Mittel darstellt.

Das Problem wird ebenfalls bereits bei der Notwehr diskutiert und sodann auf § 34 StGB übertragen. Eine Ansicht räumt staatlicher Hilfe generell und unabhängig von ihrer Geeignetheit zur Gefahrenabwehr oder ihrer Eingriffsintensität Vorrang gegenüber privater Verteidigung ein.<sup>357</sup> Eine Rechtfertigung Privater scheidet also auch dann aus, wenn staatliche und private Rettungsmaßnahmen gleich geeignet oder gleich eingriffsintensiv sind.<sup>358</sup> Staatliche Abwehr sei, sofern präsent und/oder rechtzeitig erreichbar, sogar selbst dann vorrangig, wenn sie weniger gut oder gar nicht zur Abwehr geeignet ist<sup>359</sup> oder zu im Vergleich zur privaten Verteidigung schweren Beeinträchtigungen des Angreifers führt.<sup>360</sup> All dies folge aus dem staatlichen Gewaltmonopol, aus welchem sich eine Subsidiarität privater Selbsthilfe gegenüber

<sup>356</sup> Wissenschafts-kommunikative Schwierigkeiten entstehen dadurch, dass in der Literatur zwischen rechtzeitiger Erreichbarkeit und rechtzeitiger Hilfe, d. h. der (zeitlichen) Möglichkeit der *Einleitung* eines staatlichen Verfahrens und der rechtzeitigen Abwehr der Gefahr *infolge* dieses Verfahrens, nicht immer genau unterschieden wird. Auch eine rechtzeitig erreichbare staatliche Stelle kann zur Abwehr der Gefahr ungeeignet sein, insbesondere weil sie sich – rechtmäßig oder rechtswidrig – *gegen* die Abwehr entscheidet. Andererseits ist ein staatliches Verfahren, das schon gar nicht rechtzeitig eingeleitet werden kann, auch nicht zur Abwehr der Gefahr geeignet. In der vorliegenden Darstellung wird zunächst ebenfalls nicht getrennt, sondern von „rechtzeitig erreichbarer Hilfe“ gesprochen, um beide Möglichkeiten abzudecken. Damit erklärt sich die hier vorgenommene Aufteilung in rechtzeitige Erreichbarkeit (soeben B.III.2.b) und Auflösung der Konkurrenz durch Erforderlichkeits- oder Subsidiaritätsüberlegungen (vorliegend B.III.2.c)). Vgl. die Ansätze bei *Lesch*, FS Dachs, S. 81 (111 f.); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 185 ff.

<sup>357</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (196); *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78); wohl auch *Böse*, ZStW 112 (2001), 40 (51) mit Blick auf die Möglichkeit der Beantragung einer Genehmigung (beachte aber S. 57 ff.); *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (449 ff.); siehe auch *Arzt*, FS Schaffstein, S. 77 (82); Nachweise zu § 32 StGB bei *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 152; *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 236 f.; vgl. auch *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 294 ff. (siehe aber zum Notstand S. 297 f.).

<sup>358</sup> So zur Notwehr *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 164; *Matt/Renzikowski/ders.*, § 32 Rn. 34; *MüKoStGB/Erb*, § 32 Rn. 145; *Jakobs*, AT, 12/45; *Schönke/Schröder/Perron/Eisele*, § 32 Rn. 41; *LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 183; vgl. auch *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (392); *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 117.

<sup>359</sup> So zur Notwehr *Jakobs*, AT, 12/45; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 62. Teilweise soll dies bei der Notwehr nur für fehlende Eignung staatlicher Hilfe aus *rechtlichen* Gründen gelten, während *tatsächliche* Gründe, die zur Ungeeignetheit führen, eine Rechtfertigung des Privaten erlauben sollen (*LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 185; genau umgekehrt *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 32 Rn. 34). Insgesamt a. A. *MüKoStGB/Erb*, § 32 Rn. 148; *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 167 ff.; *Schönke/Schröder/Perron/Eisele*, § 32 Rn. 41.

<sup>360</sup> So zur Notwehr *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 165 ff.; *Matt/Renzikowski/ders.*, § 32 Rn. 34; *Jakobs*, AT 12/45; *NK/Kindhäuser*, § 32 Rn. 96; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 121; a. A. *MüKoStGB/Erb*, § 32 Rn. 145; *Schönke/Schröder/Perron/Eisele*, § 32 Rn. 41; *LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 186.

staatlicher Gefahrenabwehr erbe.<sup>361</sup> Raum für eine Rechtfertigung bleibe damit nur, wenn staatliche Hilfe in der konkreten Situation nicht mehr nicht rechtzeitig erreicht werden könne – der Polizeivollzugsbeamte sich also beispielsweise noch auf der vom Tatort weit entfernten Dienststelle befindet.<sup>362</sup>

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt, wer wie *Armin Engländer*, den Vorrang staatlicher Verfahren auf Ebene der Erforderlichkeit zwar nicht aus dem staatlichen Gewaltmonopol, aber aus den hinter diesem stehenden Wertungen ableitet.<sup>363</sup> Aus diesen ergebe sich, dass privates Handeln generell mit höheren Risiken verbunden sei als staatliche Maßnahmen.<sup>364</sup> Dadurch sei staatliche Hilfe *allgemein* besser rettungsgerecht bzw. weniger eingriffsintensiv,<sup>365</sup> und nur in Fällen, in denen privates Vorgehen im konkreten Fall *ausnahmsweise* weniger riskant sei als staatliches, könne vom Vorrang des Staates abgewichen werden.<sup>366</sup> Damit wird eine Vermutung für die bessere Eignung und geringere Eingriffsintensität staatlicher Mittel aufgestellt. Staatliche Hilfe ist bei rechtzeitiger Erreichbarkeit *im Zweifel* vorrangig.

Andere weichen an verschiedenen Stellen von diesem Subsidiaritätsdenken ab, wobei sich die Stellungnahmen teilweise mit der Bestimmung der Rechtzeitigkeit im obigen Sinne überschneiden.<sup>367</sup> So halten einige eine private Verteidigung – ob als Notwehr- oder Notstandshandlung – für erforderlich, wenn das staatliche Verfahren entweder nicht zur Gefahrenabwehr geeignet ist, d. h. mit staatlicher Hilfe eine Verbesserung der Situation nicht herbeigeführt werden kann,<sup>368</sup> oder wenn das staatliche Vorgehen eine im Vergleich zur privaten Tat schwerere Beeinträchtigung des Eingriffsguts verursachen würde.<sup>369</sup> Selbst dann, wenn die staatliche Maßnahme und die private Verteidigung gleich geeignet und gleich eingriffsintensiv sind, wollen manche die Erforderlichkeit der Notstandstat noch bejahen, weil ein gegenüber der privaten Handlung *milderes* Mittel gerade nicht verfügbar ist.<sup>370</sup> Im Ergebnis komme staatlichen Verfahren nur Vorrang zu, wenn sie entweder besser zur Abwehr geeignet sind als privates Vorgehen oder aber bei gleicher Eignung das mildere Mittel darstellen.<sup>371</sup> Entscheidend sei also allein eine Subsumtion unter die Merkmale der Geig-

<sup>361</sup> *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78).

<sup>362</sup> Vgl. *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (112).

<sup>363</sup> *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 159 ff.

<sup>364</sup> *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 150–164.

<sup>365</sup> *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 166 f.

<sup>366</sup> *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 174.

<sup>367</sup> Siehe nochmals oben B. Fn. 356.

<sup>368</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (568 f.); *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 172; *Felde/Ort*, ZIS 2018, 468 (474); *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 44; *Pelz*, NStZ 1995, 305 (306); *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (392); *Seebode*, FS Krause, S. 375 (390); *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, S. 171 (184); ähnlich *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 20.

<sup>369</sup> *Pelz*, NStZ 1995, 305 (307); *Seebode*, FS Krause, S. 375 (386); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 262 ff.

<sup>370</sup> *Erb*, FS Nehm, S. 181; *Pelz*, NStZ 1995, 305 (307); *Seebode*, FS Krause, S. 375 (388); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 267 (beachte aber S. 275 zur Gebotenheit).

<sup>371</sup> *Pelz*, NStZ 1995, 305 (307); *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (391 f.); *Seebode*, FS Krau-

netheit und des relativ mildesten Mittels. Aus dem staatlichen Gewaltmonopol könnten hingegen wegen Art. 103 Abs. 2 GG am Wortlaut der Rechtfertigungsgründe vorbei keine Einschränkung hergeleitet werden.<sup>372</sup>

#### d) Zwischenbemerkungen

Bei den Stellungnahmen zur Erforderlichkeit der Notstandshandlung im Verhältnis zu staatlicher Bekämpfung der Notstandsgefahr setzt sich die bereits aus der Rechtsprechungsübersicht bekannte Uneinigkeit darüber, ob es sich bei der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr allein um eine Frage der Geeignetheit und der Eingriffsintensität handelt oder diese als normative Subsidiarität auszulegen ist,<sup>373</sup> fort. Zudem werden nicht selten Aussagen zur Erforderlichkeit oder Subsidiarität der *Notwehr* auf den rechtfertigenden *Notstand* übertragen.

### 3. Vorwegentscheidungen des Gesetzgebers

#### a) Abschließende Spezialregelungen und atypische Fälle

##### aa) Vorrangige Entscheidungen des Gesetzgebers

Außerhalb des Merkmals der Nicht-anders-Abwendbarkeit teilen sich Überlegungen zum Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren auf in einen Vorrang gesetzgeberischer Vorwegentscheidungen einerseits und eine Sperrwirkung rechtlich geregelter Verfahren andererseits (siehe oben I.). Was Vorwegentscheidungen des Gesetzgebers angeht (zur Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren unten 4.), ist oft zu lesen, dass Spezialregelungen, welche ihrerseits eine abstrakt-generelle Abwägung zwischen den im konkreten Fall kollidierenden Interessen vornehmen, für den Einzelnen bindend seien und nicht durch einen Rückgriff auf § 34 StGB unterlaufen werden dürften. Werde die Belastung auf der Seite des Erhaltungsguts von einer gesetzgeberischen Regelung einkalkuliert oder sogar angestrebt, komme eine Rechtfertigung nicht in Betracht. Anders sei dies nur, und hier kehrt ein aus manchen Entscheidungen in der Praxis bekanntes Kriterium wieder, wenn „die drohende Gefahr so exorbitant und atypisch ist, dass sie in die Abwägung der gesetzlichen Spezialregelung nicht eingegangen ist.“<sup>374</sup> Atypische Fälle, die vom Gesetzgeber nicht einkalkuliert wurden bzw. aufgrund ihrer Atypizität nicht vorhergesehen und einkalkuliert werden konnten, seien also mit § 34 StGB zu lösen, während in allen anderen Fällen, in denen die (drohende) Beeinträchtigung des Erhal-

---

se, S. 375 (385); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 257 ff.; vgl. auch *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 291.

<sup>372</sup> *Erb*, FS Nehm, S. 181 (183); *Pelz*, NStZ 1995, 305 (306); *Seebode*, FS Krause, S. 375 (390 f.); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 243 ff.

<sup>373</sup> Vgl. nochmals *Lesch*, StV 1993, 578 (581).

<sup>374</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 52.

tungsguts eine einkalkulierte Folge einer gesetzlichen Regelung ist, keine Rechtfertigung nach § 34 StGB möglich sei.<sup>375</sup>

Tiefergehende Überlegungen hierzu finden sich bei *Michael Pawlik*.<sup>376</sup> Dieser staut einen Primat staatlicher Institutionen beim rechtfertigenden Notstand und stellt dabei den „Regelungs- und Beurteilungsprimat“ des Gesetzgebers in den Vordergrund.<sup>377</sup> Er sieht im rechtfertigenden Notstand in hegelianischer Lesart einen Konflikt zwischen abstraktem Recht und individuellem Wohl des Täters.<sup>378</sup> Zwar habe jedermann ein „Recht auf Wohl“, doch sei nicht vorherbestimmt, welches Niveau dieses Wohls beansprucht werden könne. Vielmehr komme hierbei dem Gesetzgeber die Konkretisierungskompetenz zu.<sup>379</sup> Habe der Gesetzgeber von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und Regeln zur Auflösung bestimmter Konflikte erlassen, sei diese Entscheidung vom Einzelnen zu respektieren und eine Notstandsrechtfertigung scheide aus.<sup>380</sup> Innerhalb dieses gesetzlich geregelten Bereichs fehle es bereits an einem Notstandskonflikt.<sup>381</sup> Raum für § 34 StGB bestehe nur, wenn sich die formelle Regelung angesichts der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls als gegenüber der Forderung nach realer Freiheit defizitär darstelle,<sup>382</sup> sodass wieder ein Konflikt zwischen abstraktem Recht und individuellem Wohl entstehe. Ein Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen schließt also die Anwendbarkeit des § 34 StGB aus, es sei denn, die Entscheidung beziehe die Umstände des Einzelfalls nicht hinreichend mit ein.

Jedenfalls beim Konflikt zweier kollektiver Rechtsgüter gehen Überlegungen bei *Luís Greco* in eine ähnliche Richtung. Bei Eingriffen in kollektive Rechtsgüter zum Schutz eines ebenfalls kollektiven Rechtsguts nähere sich der Notstand der (mutmaßlichen) Einwilligung, und in staatlichen Rechtsvorschriften, also gesetzgeberischen Entscheidungen, liege ein Ausdruck des Willens des Gutsträgers, welcher nach allgemeinen Regeln der Einwilligung vorrangig zu beachten sei.<sup>383</sup>

---

<sup>375</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 252; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 245 ff.; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 35; *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 202 ff.; *KKoWiG/Rengier*, § 16 Rn. 42; *ders.*, AT, § 19 Rn. 56; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 253 ff.; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 51 ff.; *Rudolphi*, NSStZ 1984, 248 (252); *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 127 und 160 f.; vgl. auch *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 67 ff.; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 220–222; siehe auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (69 f.); teils auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (85 ff.); aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis ähnlich *Alexander*, Law and Philosophy 24 (2005), 611 (636 ff.), wengleich (übertragen auf die deutsche Systematik) zum Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtfertigung.

<sup>376</sup> Zu *Pawliks* Theorie noch ausführlich unten C.II.2.c), S. 116 ff.

<sup>377</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 ff. und 185.

<sup>378</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 180.

<sup>379</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 f.

<sup>380</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 183 und 218 f.

<sup>381</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

<sup>382</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>383</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (85 f.).

## bb) Unklarheiten im Detail

Es scheint also Einigkeit über den Grundsatz eines Vorrangs abschließender gesetzgeberischer Entscheidungen mit Ausnahmen in atypischen Fällen zu bestehen. Einzelheiten sind gleichwohl unklar. Erstens wird diskutiert, unter welchen Voraussetzungen überhaupt davon auszugehen ist, dass eine gesetzgeberische Regelung einen Interessenskonflikt im konkreten Einzelfall einkalkuliert hat und/oder eine abschließende Regelung darstellt. Das zeigte bereits die Darstellung der Literatur zur Kollision von Vermögenswerten.<sup>384</sup> Im Zusammenhang mit der Konkurrenz zwischen § 34 StGB und *anderen Rechtfertigungsgründen* stellt Kurt Seelmann einen Ansatz zur Feststellung der abschließenden Natur einer Regelung gegenüber § 34 StGB vor, der sich möglicherweise auf das vorliegende Problem übertragen lässt.<sup>385</sup> Maßgeblich sei, welche Konfliktsituation von der jeweiligen Norm geregelt, d. h. welcher „Typ von Konflikt“ als „gesetzlich vertyp“ anzusehen ist.<sup>386</sup> Anhaltspunkte hierfür lieferten die sich in den jeweiligen Normierungen gegenüberstehenden Güter.<sup>387</sup> Umgekehrt könnten alle „untypischen“ Situationen, die nicht dem gesetzlich festgelegten Erscheinungsbild des Konflikts entsprechen, nach § 34 StGB gelöst werden.<sup>388</sup>

Gegen das Vorgehen Seelmanns regte sich aber Widerspruch.<sup>389</sup> So wird eingewandt, die Herausarbeitung der Konflikttypen sei nichts als eine Unterstellung, dass der Gesetzgeber den einen Fall habe lösen wollen und den anderen nicht.<sup>390</sup> Das betrifft auch die Ermittlung *atypischer* Fälle, denn auch hier bleibe unklar, „wie jene „Sonderfälle“ eigentlich festzustellen sind“<sup>391</sup>. Karl-Hugo Peters weist auf die durch Seelmanns Konzept entstehende Rechtsunsicherheit hin: „Immer dann, wenn die Entscheidung nach einem besonderen Rechtfertigungsgrund nicht den Erwartungen entspricht, bietet es die Möglichkeit, den Fall zu einem atypischen zu erklären und ihn doch unter Rückgriff auf § 34 StGB zu lösen.“<sup>392</sup> Außerdem könne der Ansatz durch einen einfachen Subsumtionsvorgang ersetzt werden. Letztlich gehe es um nichts anderes als um teleologisch-systematische Auslegung der jeweiligen Normen zur Feststellung des Regelungsbereichs und des abschließenden Charakters der einen oder anderen Norm.<sup>393</sup>

<sup>384</sup> Siehe oben B.II.2.c), S. 17 ff.

<sup>385</sup> Zur Abgrenzung zwischen einer Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen und dem Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand noch unten C.IV.3, S. 200 ff.

<sup>386</sup> Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 60–69.

<sup>387</sup> Beispielsweise regle § 904 BGB den Eingriff in das Gut „Eigentum“ abschließend, vgl. Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 64; zu weiteren Kriterien vgl. ebd. S. 64 f.

<sup>388</sup> Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 65 f.

<sup>389</sup> Kritik bei Peters, GA 1981, 445 ff.; vgl. auch Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 199 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 24 ff.; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 185 ff.

<sup>390</sup> Peters, GA 1981, 445 (459) m. N. zu Seelmann selbst.

<sup>391</sup> Peters, GA 1981, 445 (460).

<sup>392</sup> Peters, GA 1981, 445 (471).

<sup>393</sup> Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 191 ff. und 195 ff.

Zweitens ist umstritten, wie die Situation einer zwar möglichen, aber nicht vorhandenen gesetzlichen Regelung zur Lösung eines Interessenskonflikts zu behandeln ist.<sup>394</sup> Hier geht es nicht um Fälle, die so atypisch und unvorhersehbar sind, dass sie gar nicht geregelt werden können, sondern um solche, die trotz ihrer Vorhersehbarkeit nicht geregelt wurden. Auslöser der Diskussion ist *Roxin*,<sup>395</sup> der zwischen (1.) Spezialregelungen, (2.) atypischen Fällen und (3.) den „einer Spezialregelung durchaus zugänglichen, aber vom Gesetzgeber bisher übersehenen, vernachlässigten oder wegen ihrer Neuheit noch nicht eigens behandelten Konstellationen“<sup>396</sup> unterscheidet. Dass in Fallgruppe (1.) der Rückgriff auf § 34 StGB gesperrt und Fallgruppe (2.) „überhaupt die Domäne des rechtfertigenden Notstands“ sei,<sup>397</sup> stimmt mit dem bislang Beschriebenen überein. Neu ist hingegen Fallgruppe (3.). *Roxin* will auch hier einen Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand zulassen<sup>398</sup> und begründet dies mit einer Überlegung zur kriminalpolitischen Funktion des § 34 StGB: Mit diesem dringe „die Dynamik sozialer Veränderungen in die Verbrechenslehre ein.“<sup>399</sup> Die Abwägung im Rahmen des Notstands ebne dem Gesetzgeber den Weg, gesellschaftliche Probleme überhaupt zu erkennen und ggf. in einer Spezialregelung zu lösen, wie dies beispielsweise beim Schwangerschaftsabbruch oder bei der Organtransplantation der Fall gewesen sei.<sup>400</sup> Bis zum Erlass einer solchen Regelung übernehme aber der Rechtsanwender die Aufgabe des Gesetzgebers. Er soll die Kollision so entscheiden, wie es der Gesetzgeber getan hätte.<sup>401</sup>

Auch gegen *Roxins* Thesen regte sich Kritik.<sup>402</sup> Der Ansatz gestatte es, das u. U. verfassungsrechtlich begründete Erfordernis einer *wirklichen* durch den Verweis auf eine *denkbare* gesetzliche Regelung zu unterlaufen.<sup>403</sup> Wenn der Rechtsanwender die Rolle des Gesetzgebers einnehme, brauche es den Gesetzgeber nicht mehr. Dann bliebe jedoch die legitimatorische Kraft des Gesetzgebungsverfahrens unberücksichtigt. „Eine *mutmaßliche* Entscheidung des Gesetzgebers ist unter legitimationstheoretischen Gesichtspunkten kein hinreichendes Äquivalent zu seiner – fehlenden – *tatsächlichen* Entscheidung.“<sup>404</sup> Außerdem bestehe für den Gesetzgeber gar kein Anlass zur Regelung eines Konflikts, wenn Wissenschaft und Praxis ihn mithilfe des

<sup>394</sup> Dazu auch *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 214 ff.

<sup>395</sup> *Roxin*, JuS 1976, 505 (510); vgl. auch *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 104; zustimmend insbesondere *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 68 f.

<sup>396</sup> *Roxin*, JuS 1976, 505 (510).

<sup>397</sup> Ebd.

<sup>398</sup> Ebd.

<sup>399</sup> *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 24.

<sup>400</sup> *Roxin*, JuS 1976, 505 (510).

<sup>401</sup> Ebd.

<sup>402</sup> Kritik bei *Amelung*, NJW 1977, 833 (838); *Grebing*, GA 1975/9, 81 (98); *Jakobs*, AT, 13/41 (mit Fn. 80); *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 80 f.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 202 ff.; vgl. auch LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 38.

<sup>403</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 204.

<sup>404</sup> Ebd.; Hervorhebungen auch im Original.

§ 34 StGB lösen.<sup>405</sup> Konsequenterweise könnte dann auf eine Vielzahl rechtlicher Regelungen außerhalb des § 34 StGB verzichtet werden. Anders als nach *Roxin* sei also in Fällen normierbarer, aber nicht normierter Konflikte eine Entscheidung des Gesetzgebers abzuwarten bzw. aus dem Fehlen einer solchen der Schluss zu ziehen, dass die Notstandsgefahr vom Notstandstäter hinzunehmen ist.

### cc) Zwischenbemerkung

Über den Grundsatz vorrangiger gesetzgeberischer Entscheidungen und seine Reichweite besteht mehr Uneinigkeit als dessen verbreitete Erwähnung in der Literatur vermuten lässt. Einerseits entspricht es der ganz überwiegenden Meinung, dass Abwägungen des Gesetzgebers nicht durch § 34 StGB unterlaufen werden dürfen. Andererseits legt die Untersuchung der Einzelheiten einer an diesem Ziel orientierten Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren die Vermutung nahe, dass dieses Ziel im Ergebnis durch die von Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit weit entfernte Feststellung der Atypizität eines Einzelfalls oder dadurch, dass im unregelmäßig, aber regelbaren Bereich der Rechtsanwender „durch die „Anwendung“ des § 34 StGB dem Gesetzgeber deutlich Konkurrenz“<sup>406</sup> macht, verfehlt wird. Unter dem Deckmantel des Respekts vor gesetzgeberischen Entscheidungen ist es offenbar doch wieder der Rechtsanwender selbst, der entscheidet.

### b) Anwendungsfälle

#### aa) Ziviler Ungehorsam und Klimaaktivisten

Einen wichtigen Anwendungsfall des Vorrangs gesetzgeberischer Entscheidungen bei § 34 StGB stellt die Frage nach der Rechtfertigung von Akten zivilen Ungehorsams dar.<sup>407</sup> Deshalb wird die *strafrechtliche* Ebene dieser Diskussion, d. h. die Frage, ob die Erfüllung eines gesetzlichen Straftatbestands durch einen Akt zivilen Ungehorsams (straf-)rechtlich gerechtfertigt werden kann, aufgegriffen (sogleich aa)(1)) und später um rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Aspekte ergänzt.<sup>408</sup> Aktuell besonders diskutierte Beispiele betreffen verschiedene Protestaktionen von Klimaaktivisten (unten aa)(2)).

<sup>405</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 204 mit Fn. 115.

<sup>406</sup> Amelung, NJW 1977, 833 (836).

<sup>407</sup> Exemplarisch zur Einordnung Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41a; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 55; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (74);

<sup>408</sup> Zu den verschiedenen Ebenen der Diskussion Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (328 ff.); Radtke, GA 2000, 19 (23 f.); zur rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Ebene unten D.II.3.d)dd), S. 249 ff.

## (1) Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams?

Ziviler Ungehorsam problematisiert die Grenzen staatlicher Herrschaft.<sup>409</sup> Es handelt sich in der Definition des BVerfG um „ein Widerstehen des Bürgers gegenüber einzelnen gewichtigen staatlichen Entscheidungen [...], um einer für verhängnisvoll und ethisch illegitim gehaltenen Entscheidung durch demonstrativen, zeichenhaften Protest bis zu aufsehenerregenden Regelverletzungen zu begegnen.“<sup>410</sup> Zu unterscheiden sind nach *John Rawls* mittelbarer und unmittelbarer Ungehorsam: Letzterer wendet sich direkt gegen eine für illegitim erachtete Norm und verstößt gegen diese; ersterer verstößt gegen eine an sich legitime Norm, um andere Entwicklungen anzuprangern.<sup>411</sup> Das Gesetz, gegen das verstoßen wird, und die Entscheidung, gegen welche man protestiert, müssen also nicht identisch sein.<sup>412</sup> Versucht man eine Einordnung in die im ersten Abschnitt des Kapitels verwendeten Fallgruppen, sind Fälle, in denen zur Abwehr einer Gefahr von einem kollektiven Rechtsgut (insbesondere dem Umwelt- und Klimaschutz) in individuelle Rechtsgüter eingegriffen wird, am verbreitetsten.<sup>413</sup> Was möglicherweise vorrangige staatliche Verfahren angeht, ist v. a. an das demokratische Verfahren (politische Wahl und Gesetzgebung) und an gerichtlichen Rechtsschutz (auch vor dem BVerfG) zu denken.

Erfüllt ein Akt zivilen Ungehorsams einen gesetzlichen Straftatbestand,<sup>414</sup> so ist die Rechtswidrigkeit der Tat fraglich. Einzelne Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur nehmen eine Rechtfertigung nach § 34 StGB an, weil hochrangige Rechtsgüter vor einer Beeinträchtigung infolge der für illegitim gehaltenen staatlichen Entscheidung geschützt werden sollen.<sup>415</sup> Zwar sei ziviler Ungehorsam für sich genommen nie geeignet, das Erhaltungsgut im rechtfertigenden Notstand unmittelbar zu retten, doch könne er zumindest eine Minderung der Gefährdung bzw. Verhinderung einer Gefahrsteigerung herbeiführen.<sup>416</sup> Andere bejahen die Geeignetheit hinsichtlich des „Nahziels“ der Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit, welche es

<sup>409</sup> *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (326 f.); als Fall eines (möglichen) Wertungswiderspruchs von Recht und Moral eingeordnet bei *Arthur Kaufmann*, FS P. Schneider, S. 158 (166–171).

<sup>410</sup> BVerfGE 73, 206 (250); teils abweichend, aber grundlegend zur Begriffsdefinition *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 401–405 (öffentliche, gewaltlose, gewissensbestimmte, aber politisch gesetzeswidrige Handlung, die gewöhnlich eine Änderung der Gesetze oder der Regierungspolitik herbeiführen soll); vgl. auch die Definition bei *Schüler-Springorum*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (79); zur Unschärfe des Begriffs und den Hintergründen der Definition des BVerfG siehe *Heinig*, NK 2023, 231 (234 ff.); zur Abgrenzung zwischen zivilem Ungehorsam und Gewissenstat *Radtke*, GA 2000, 19 (36 ff.).

<sup>411</sup> Vgl. *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 401.

<sup>412</sup> Siehe auch *Ralf Dreier*, FS Scupin, S. 573 (585).

<sup>413</sup> Vgl. nur die Beispiele bei *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 175 ff.

<sup>414</sup> Was eine Frage für sich ist, vgl. nur BVerfGE 92, 1 (11 ff.); *Kröpil*, JR 2011, 283 (284) m. w. N.

<sup>415</sup> *Schüler-Springorum*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (87–91); im Zusammenhang mit Klimaprotesten auch *Bönte*, HRRS 2021, 164 ff.; *Noll*, Protestaktionen und klimaspezifische Rechtfertigungsgründe, S. 75 ff.; vgl. auch *Rogers*, NZJPIL 13 (2015), 179 (194 ff.).

<sup>416</sup> *Schüler-Springorum*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (88 f.); vgl. auch *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 169 und 186 ff.

wahrscheinlicher mache, auch das „Fernziel“, etwa mehr Klimaschutz, zu erreichen.<sup>417</sup> Im Verhältnis zu staatlichen Verfahren spreche insbesondere die lange Verfahrensdauer dagegen, hierin ein milderes Mittel zu sehen.<sup>418</sup> Weil schließlich auch ein wesentliches Überwiegen des geschützten Guts nahe liege, sei es „gar nicht so schlecht bestellt um eine mögliche Rechtfertigung aus § 34 StGB.“<sup>419</sup>

Andere sprechen sich für eine grundrechtliche Rechtfertigung zivilen Ungehorsams nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Art. 8 GG aus.<sup>420</sup> Die Taten fielen in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten, weshalb das fragliche Ge- oder Verbot im Lichte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit auszulegen sei.<sup>421</sup> Folglich habe jeder „das Recht, allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand von Verbotsnormen zu verletzen, wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist.“<sup>422</sup> Es komme im Ergebnis auf die Verhältnismäßigkeit der Handlungen an. Sie seien geeignet, wenn eine Erfolgsaussicht ihres politischen Appells nicht ausgeschlossen ist.<sup>423</sup> Sie stellten das mildeste Mittel dar, wenn den Tätern die zur (gerichtlichen) Geltendmachung ihres Anliegens erforderliche Aktivlegitimation fehle oder die Handlung außerhalb staatlicher Verfahren eine größere Appellwirkung habe.<sup>424</sup> Probleme mit dem Demokratieprinzip bestünden nicht: Die Gehorsampflicht gegenüber demokratischen Entscheidungen sei durch die Grundrechte begrenzt, aus welchen sich gerade eine Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams ergebe. Gegen Grundrechtsverstöße stehe zwar der Rechtsweg offen, doch als solcher komme auch der Weg zu den (Straf-)Gerichten über einen „provokativen Gesetzesverstoß“ in Betracht, der zur gerichtlichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes führe.<sup>425</sup>

Die h. M. verneint eine (rechtliche) Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams<sup>426</sup> und argumentiert v. a. mit dem demokratischen Mehrheitsprinzip und dem Vorrang

<sup>417</sup> Bönnte, HRRS 2021, 164 (168 ff.); Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, S. 188 f.

<sup>418</sup> Schüler-Springorum, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (89).

<sup>419</sup> Schüler-Springorum, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (91).

<sup>420</sup> Ralf Dreier, FS Scupin, S. 573 (590 ff.); ders., in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (64–69); ders., FS Wassermann, S. 299 (307–309).

<sup>421</sup> Ralf Dreier, FS Scupin, S. 573 (592 f.).

<sup>422</sup> Ralf Dreier, FS Scupin, S. 573 (593).

<sup>423</sup> Ralf Dreier, FS Scupin, S. 573 (595); ders., in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (67).

<sup>424</sup> Ralf Dreier, FS Scupin, S. 573 (595 f.); ders., in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (68).

<sup>425</sup> Ralf Dreier, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (72 f.).

<sup>426</sup> BVerfGE 73, 206 (252); Eidam, JZ 2023, 224 (229); Matt/Renzikowski/Engländer, Vor § 32 Rn. 46; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 256; Fischer, Vor § 32 Rn. 10a; Jakobs, AT, 15/5b; Kröpl, JR 2011, 283 (285); Kühl, AT, § 9 Rn. 110; Lenckner, JuS 1988, 349 (355); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41a; Radtke, GA 2000, 19 (28 ff.); LK/Rönau, Vor §§ 32 ff. Rn. 142; ders., JuS 2023, 112 ff.; Roxin, FS Schüler-Springorum, S. 441 ff.; ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 55; siehe auch Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (336 ff.); Arthur Kaufmann, FS P. Schneider, S. 158 (170); Karpen, JZ 1984, 249 (257); Sommermann, Der Staat 54 (2015), 577 (584); Wassermann, JZ 1984, 263 (264); vgl. auch Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (74); Hörnle, JRE 31 (2023), 15 (31 ff.).

gesetzgeberischer Entscheidungen. Die Rechtfertigung des strafrechtlich relevanten Kampfes gegen demokratische Entscheidungen führte, so die h. M., zur Außerkraftsetzung der Mehrheitsregel und zur Selbstaufgabe von Demokratie und Rechtsfrieden.<sup>427</sup> Man billigte der Ansicht einer Minderheit ein höheres Gewicht zu als der Ansicht der Mehrheit.<sup>428</sup> Eine Gewichtung verschiedener Ansichten sei im demokratischen System jedoch allein durch das demokratische Verfahren möglich.<sup>429</sup> Bei § 34 StGB fehle es an der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, weil die Tat die (hypothetisch unterstellte) Gefahr nicht abzuwenden geeignet sei<sup>430</sup> und sich der Täter auch mit legalen Mitteln gegen die Entscheidung zur Wehr setzen könne.<sup>431</sup> Außerdem sei die Tat nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB. Der Täter missachte den Vorrang gesetzlicher Entscheidungen und rechtlich geordneter Verfahren.<sup>432</sup> Schließlich bestünde bei einer Rechtfertigung auf der Seite des Eingriffsopfers eine Duldungspflicht und jede Verteidigung wäre rechtswidrig.<sup>433</sup> Anstelle einer Rechtfertigung sei die Lösung daher andernorts zu suchen: übergesetzlicher Verantwortungsausschluss,<sup>434</sup> Berücksichtigung des politisch-kommunikativen Aspekts in der Strafzumessung oder bei der Entscheidung über die Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung<sup>435</sup> oder Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153 ff. StPO.<sup>436</sup>

## (2) Beispiel Klimaproteste

Aktuelle Beispielfälle, die hier wegen des engen Zusammenhangs zum „zivilen Ungehorsam“ dargestellt werden sollen, bilden Protestaktionen von Klimaaktivisten.<sup>437</sup>

<sup>427</sup> Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41a; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 142; Roxin, FS Schüler-Springorum, S. 441 (442 und 448); ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 55; vgl. auch Jakobs, AT, 15/5b; Kröpil, JR 2011, 283 (285); allgemein Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (336); Karpen, JZ 1984, 249 (259 ff.); Frankenberg, JZ 1984, 266 (273); Wassermann, JZ 1984, 263 (266).

<sup>428</sup> LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 142.

<sup>429</sup> Jakobs, AT, 15/5b.

<sup>430</sup> Lenckner, JuS 1988, 349 (354); in diese Richtung auch Roxin, FS Schüler-Springorum, S. 441 (445); allgemein MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 110; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 19; vgl. auch OLG Köln NStZ 1985, 550 (551); LG Dortmund NStZ-RR 1998, 140; AG Recklinghausen, Urt. v. 12.08.2021 – 32 Cs – 33 Js 486/20 – 125/21 –, juris Rn. 29.

<sup>431</sup> Radtke, GA 2000, 19 (29 f.); LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 142.

<sup>432</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 256; Jakobs, AT, 15/5b; Kühl, AT, § 9 Rn. 110; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 142 mit Fn. 615.

<sup>433</sup> Lenckner, JuS 1988, 349 (354); hierzu im Zusammenhang mit Klimaprotesten Erb, NStZ 2023, 577 (582 ff.); Mitsch, JZ 2023, 230 ff., wenngleich als selbst titulierte „Mindermeinung“; Preuß, NVZ 2023, 60 (73).

<sup>434</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, S. 441 (453–457); ders./Greco, AT I, § 22 Rn. 130–133.

<sup>435</sup> Coca-Vila, Res Publica 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y>, S. 1 (17 f.); Eidam, JZ 2023, 224 (230); Hörnle, JRE 31 (2023), 15 (36); Kröpil, JR 2011, 283 (287); Radtke, GA 2000, 19 (32); LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 145; ders., JuS 2023, 112 (114 f.).

<sup>436</sup> Eidam, JZ 2023, 224 (230); Kröpil, JR 2011, 283 (287); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41a; Radtke, GA 2000, 19 (31 f.); Rönnau, JuS 2023, 112 (115); differenzierend Hörnle, JRE 31 (2023), 15 (36 ff.).

<sup>437</sup> Allgemein zum Thema, insbesondere mit Blick den zivilen Ungehorsam und mögliche Rechtfertigungsgründe, Botta, VerwArch 114 (2023), 206 ff.; Busche, KlimR 2023, 103 ff.; Bönthe, HRRS 2021, 164 ff.; ders., NStZ 2023, 114 f.; Coca-Vila, Res Publica 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158->

In der Schweiz hielt das Bezirksgericht Lausanne im Jahr 2020 eine Gruppe von Klimaaktivisten, die in einer Bank gegen deren klimaschädliche Unternehmenspolitik protestierten, für wegen Notstands (Art. 17 sStGB) gerechtfertigt.<sup>438</sup> Das Urteil wurde aber vom Schweizerischen Bundesgericht aufgehoben, weil die Klimaerwärmung keine unmittelbare Gefahr darstelle.<sup>439</sup> Hierzulande ist v. a. an Straßenblockaden durch Festkleben auf der Fahrbahn,<sup>440</sup> an die Besetzung von Baggern im Braunkohle-Tagebau<sup>441</sup> oder von Bäumen o. ä. zu denken.

Aufsehen erregte das AG Flensburg,<sup>442</sup> welches im Jahr 2022 einen Angeklagten vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs durch Besetzung eines Baums auf einem Privatgrundstück unter Berufung auf § 34 StGB freisprach. Der Angeklagte wollte verhindern, dass der Baum gefällt und das Grundstück bebaut wurde. Sowohl die Rodung als auch die Bebauung waren durch behördliche Genehmigungen gedeckt, über die auch bereits verwaltungsgerichtlich rechtskräftig entschieden worden war. Der Täter habe, so das AG, mit seiner Tat eine Gefahr für den Klimaschutz und die Grundrechte künftiger Generationen abgewendet,<sup>443</sup> indem politisch für mehr Klimaschutz geworben und zugleich der besetzte Baum vor dem Fällen bewahrt wurde.<sup>444</sup> Im Rahmen der Erforderlichkeit der Notstandshandlung sei zwar „ein prinzipieller Vorrang staatlicher, von demokratischer Legitimation getragener und auf der Basis rechtsstaatlich geregelter und kontrollierter Verfahren erfolgender Gefahrenabwehrmaßnahmen“<sup>445</sup> zu beachten. Allerdings müsse dieses Merkmal im Lichte des

---

023-09642-y, S. 1 ff.; *Deißner*, StV 2023, 547 ff.; *Eidam*, JZ 2023, 224 ff.; *Engländer*, JZ 2023, 255 ff.; *Erb*, NStZ 2023, 577 (580 ff.); *Esser*, FS Barton, S. 349 ff.; *Gätsch*, KlimR 2023, 141 ff.; *Heinig*, NK 2023, 231 ff.; *Homann*, JA 2023, 649 ff.; *Honer*, JuS 2023, 408 ff.; *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 ff.; *dies.*, GA 2023 481 ff.; *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, 885 ff.; *Kühne/Kühne*, StV 2023, 560 ff.; *Leitmeier*, HRRS 2023, 70 ff.; *Magnus*, JR 2024, 9 ff.; *Noll*, Protestaktionen und klimaspezifische Rechtfertigungsgründe, 2022; *Payer*, sui-generis 2020, 226 ff.; *Preuß*, NZV 2023, 60 ff.; *Rönnau*, JuS 2023, 112 ff.; *Sarfraz*, in: Satzger/v. Maltitz (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 541 ff.; *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 ff.; *R. Schröder*, GA 2023, 632 ff.; *Schwarz*, NJW 2023, 275 ff.; *Zerbes*, in: Satzger/v. Maltitz (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 503 ff.; *Zieschang*, JR 2023, 141 ff.; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 ff. vgl. auch *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 ff.; *Kubiciel*, JZ 2024, 167 ff.; siehe auch bereits *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 (30–32); *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 472.

<sup>438</sup> Bezirksgericht Lausanne, Urt. v. 13.01.2020 – PE19.000742/PCL/llb.

<sup>439</sup> Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 26.05.2021 – 6B\_1295/2020 –, BGE 147 IV 297 (317 ff.).

<sup>440</sup> Siehe etwa LG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 08.12.2023 – 64/23 17 NBs 450 Js 23772/22 –, juris; AG Tiergarten, Beschl. v. 05.10.2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22) –, juris = StV Spezial 2023, 8 ff.; AG München, Urt. v. 16.09.2022 – 851 Cs 113 Js 124160/22 –, juris; bestätigt durch BayObLG, Beschl. v. 21.04.2023 – 205 StRR 63/23 –, juris; weiterhin AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22 –, juris = KlimR 2023, 62 ff.; AG München, Urt. v. 30.11.2022 – 864 Ds 113 Js 200103/22 –, juris; AG Stuttgart-Bad Cannstatt, Urt. v. 30.01.2023 – 3 Cs 244 Js 98266/22 –, juris.

<sup>441</sup> Siehe etwa AG Recklinghausen, Urt. v. 12.08.2021 – 32 Cs – 33 Js 486/20 – 125/21 –, juris; AG Mönchengladbach-Rheydt, Urt. v. 14.03.2022 – 21 Cs – 721 Js 44/22 – 69/22 –, juris = KlimR 2022, 130 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.09.2022 – 4 RVs 48/22 –, juris, m. Bespr. *Schneider*, ZJS 2022, 928 ff.

<sup>442</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris = StV Spezial 2023, 1 ff.; m. Anm. *Engländer*, JZ 2023, 255 ff.; *Zieschang*, JR 2023, 141 ff.; Bespr. bei *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 ff.

<sup>443</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 16–20.

<sup>444</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 24.

<sup>445</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 29.

Art. 20a GG ausgelegt werden, weshalb hohe Anforderungen an die Geeignetheit der Handlungsalternativen zu stellen seien.<sup>446</sup> Ein Vorrang staatlicher Verfahren gelte nicht, wenn mit behördlichem Eingreifen nicht gerechnet werden könne.<sup>447</sup> Staatliche Maßnahmen seien daher nicht gleich geeignet wie die private Baubesetzung.<sup>448</sup>

Weil „das Notstandsrecht keine polizeiliche Generalklausel zur Durchsetzung objektiver Rechte begründen soll“<sup>449</sup>, wird das Urteil meist kritisch gesehen.<sup>450</sup> Man gelange in ein „rechtstheoretisches Dilemma“, wenn einerseits Entscheidungen eines Verwaltungsgerichts rechtskräftig sind, andererseits aber strafrechtlich eine Rechtfertigung erwogen werde.<sup>451</sup> Es fehle bereits an einem notstandsfähigen Rechtsgut, die Eignung der Tat zur Abwehr der Gefahr sei fraglich und allgemein wird betont, dass der Maßnahmenverbund zur Bewältigung des Klimawandels „nicht von den Vorstellungen Einzelner aus entwickelt werden kann, sondern allein von im demokratischen Rechtsstaat dafür vorgesehenen Verfahren und Grundsätzen ausgehend.“<sup>452</sup> Allein der Gesetzgeber und die Verwaltung seien berufen, die Abwehr von Gefahren zu organisieren und die damit verbundenen Lasten auf die Bürger zu verteilen. Zwar sei der Staat verfassungsrechtlich zur Ergreifung geeigneter Maßnahmen zum Schutz vor Gefahren des Klimawandels verpflichtet, doch sei damit nur die Frage nach dem „Ob“ des Klimaschutzes, nicht aber die nach dem „Wie“ verfassungsrechtlich vorprogrammiert.<sup>453</sup> Wer private Aktionen nach § 34 StGB rechtfertige, stelle demokratische Regeln unter einen individuellen Billigungsvorbehalt und unterlaufe die Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers, der Behörden und der Gerichte.<sup>454</sup> Zusammenfassend gleiche das Urteil einer „Bankrotterklärung demokratisch-rechtsstaatlicher Grundprinzipien“,<sup>455</sup> lege „die Axt an das Rechtsstaatsprinzip und das staatliche Gewaltmonopol“,<sup>456</sup> zeige einen bedenklichen „richterlichen Aktionismus“<sup>457</sup> und führe „letzten Endes zu einem Zustand der Gesetzlosigkeit, also mit anderen Worten zur Anarchie.“<sup>458</sup>

Diese Kritik teilte auch das OLG Schleswig, welches das Urteil des AG Flensburg im August 2023 im Wege der Sprungrevision aufgehoben hat.<sup>459</sup> Die Notstandsrecht-

<sup>446</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 30.

<sup>447</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 35.

<sup>448</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 36 f.

<sup>449</sup> F.-L. Schmidt, KlimR 2023, 16 (18).

<sup>450</sup> Zur Kritik am AG Flensburg *Engländer*, JZ 2023, 255 ff.; *Kühne/Kühne*, StV 2023, 560 (563 und 565); F.-L. Schmidt, KlimR 2023, 16 ff.; *Zieschang*, JR 2023, 141 ff.; vgl. auch *Eidam*, JZ 2023, 224 (229 f.); *Kubiciel*, JZ 2024, 167 (171–173); *Rönnau*, JuS 2023, 112 (113 f.).

<sup>451</sup> *Eidam*, JZ 2023, 224 (229) mit dem wörtlichen Zitat.

<sup>452</sup> F.-L. Schmidt, KlimR 2023, 16 (19).

<sup>453</sup> Ebd.

<sup>454</sup> *Engländer*, JZ 2023, 255 (259); vgl. auch *Erb*, NStZ 2023, 577 (581 f.).

<sup>455</sup> F.-L. Schmidt, KlimR 2023, 16 (20).

<sup>456</sup> *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114); dort auch das folgende Zitat.

<sup>457</sup> Ausführlich dazu *Kubiciel*, JZ 2024, 167 (171 ff.).

<sup>458</sup> *Zieschang*, JR 2023, 141 (146); allgemein auch *Erb*, NStZ 2023, 577 (582): „Selbstjustiz und Anarchie“.

<sup>459</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 –, juris = NStZ 2023, 740 ff. (m. Anm. *Engländer*).

fertigung scheitert an der fehlenden Angemessenheit der Tat im Sinne des § 34 S. 2 StGB.<sup>460</sup> Es gelte eine Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren, und im konkreten Fall habe die Möglichkeit bestanden, die Rodung verwaltungsgerichtlich abzuwenden. Auch einer Rechtfertigung unter dem Aspekt des zivilen Ungehorsams erteilt das OLG eine Absage. Ein Staat könne „es nicht legitimieren, dass Entscheidungen, die durch rechtmäßige Mehrheitsbeschlüsse zustande gekommen sind, von einer Minderheit mit rechtswidrigen Mitteln (der Begehung von Straftaten) untergraben werden.“<sup>461</sup> Alles andere führe zu einer „Desavouierung der Rechtsordnung“ und einem „Verstoß gegen das Demokratieprinzip“.

Mit der Kritik am Urteil des AG Flensburg stimmen andere Entscheidungen überein. So verurteilte das AG Frankfurt a. M. im Jahr 2022 zwei Angeklagte, die sich von einer Fußgängerbrücke über einer Autobahn abseilten und damit die Sperrung der Straße durch die Polizei bewirkten, um gegen den Ausbau einer Autobahn zu protestieren, wegen Nötigung.<sup>462</sup> Bürger könnten durch Wahlen die Politik mitbestimmen, sich selbst zur Wahl aufstellen lassen oder ihre Mitbürger von ihrer politischen Meinung überzeugen, seien aber auf diese Partizipationsmöglichkeiten beschränkt und hätten demokratisch getroffene Entscheidungen zu respektieren.<sup>463</sup> Die zwangsweise Durchsetzung politischer Meinungen einzelner Gruppen auf Kosten Dritter sei nicht zulässig.<sup>464</sup> Vielmehr seien „bewusste Normverletzungen als Mittel einer Minderheit, auf den öffentlichen Willensbildungsprozess einzuwirken, mit den Grundprinzipien des demokratischen Rechtsstaats schlechterdings unvereinbar.“<sup>465</sup> So im Ergebnis auch das OLG Celle im selben Jahr.<sup>466</sup> Protestaktionen wie die Beschädigung der Fassade der Leuphana Universität Lüneburg seien nicht zur Abwehr des Klimawandels geeignet<sup>467</sup> und eine Rechtfertigung wegen zivilen Ungehorsams aus bekannten Gründen ausgeschlossen.<sup>468</sup> Was Sitzblockaden und das Festkleben auf der Straße angeht, verneinte z. B. das AG Freiburg i. Br. eine Notstandsrechtfertigung, weil „sich Private nicht in beliebigem Umfang unter Anmaßung der Befugnis zum Eingriff in fremde Rechte als Sachwalter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Szene setzen“<sup>469</sup> dürften und ein Vorrang staatlicher Abhilfemaßnahmen gelte.

<sup>460</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 59 ff.

<sup>461</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 72; dort auch die nachfolgenden Zitate.

<sup>462</sup> AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris.

<sup>463</sup> AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 92.

<sup>464</sup> AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 93.

<sup>465</sup> AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 117.

<sup>466</sup> OLG Celle, Beschl. v. 29.07.2022 – 2 Ss 91/22 –, juris = NStZ 2023, 113 m. Anm. *Bönte*; Bespr. bei *Jahn*, JuS 2023, 82 ff.

<sup>467</sup> OLG Celle, Beschl. v. 29.07.2022 – 2 Ss 91/22 –, juris Rn. 6.

<sup>468</sup> OLG Celle, Beschl. v. 29.07.2022 – 2 Ss 91/22 –, juris Rn. 10 ff.

<sup>469</sup> AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22 –, juris Rn. 32.

bb) Private Umverteilungsmaßnahmen

Weitere Beispiele, in denen die Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers und deren Auswirkungen auf § 34 StGB diskutiert werden, betreffen verschiedene Formen privater Umverteilungsmaßnahmen. Erörtert wird etwa der Fall, dass ein Mitarbeiter einer Bank Geld veruntreut, um dieses in ärmere Länder zu spenden und dort Menschen vor dem Hungertod zu bewahren.<sup>470</sup> Um das Leben der Menschen im Ausland zu schützen, wird also in das Vermögen der Bank bzw. der Anleger eingegriffen. Alternativ ist beispielsweise an sozialrechtliche Regelungen oder an politische Verfahren in Sachen Außenpolitik und Entwicklungshilfe zu denken. Fraglich ist die Notstandsrechtfertigung des Bankangestellten. Setzt man voraus, dass unmittelbar aufgrund der Geldspende eine bestimmte Anzahl an Menschen gerettet werden kann, so überwiegt das Erhaltungs- (Leben der Menschen) das Eingriffsinteresse (Vermögen der Bank) wesentlich.<sup>471</sup> Deshalb dreht sich die Diskussion in der Literatur v. a. um die Angemessenheit der Notstandshandlung. Eine Ansicht arbeitet dabei mit dem Prinzip der Verallgemeinerung.<sup>472</sup> Zu klären sei die Vertretbarkeit einer allgemeinen Praxis der fraglichen Verhaltensweise. Wäre jedermann „gleichsam zur persönlichen Entwicklungshilfe im großen Stil berechtigt“,<sup>473</sup> würde ein geordnetes Bank- und Wirtschaftswesen unmöglich. Deshalb sei die Tat des Bankmitarbeiters nicht angemessen.<sup>474</sup> Andere stimmen dem zwar im Ergebnis zu, stützen sich jedoch auf andere Gründe.<sup>475</sup> Fragen der Verteilungsgerechtigkeit entzögen sich einer Einteilung in richtige oder falsche Ergebnisse, sondern seien primär Entscheidungs- und damit Kompetenzfragen. Die Definitionskompetenz liege jedoch beim Gesetzgeber, welcher abschließend über die Verteilung der zur Verfügung stehenden Mittel entscheide. Dieser autoritativen Festlegung des maßgeblichen Solidaritätsniveaus habe sich der Einzelne unterzuordnen, anstatt anderen seine eigene Einschätzung von Verteilungsgerechtigkeit aufzuzwingen. Im Kompetenzkonflikt zwischen Privatem und Gesetzgeber obsiege daher der Gesetzgeber. Eigenmächtige Umverteilungsmaßnahmen Privater seien dagegen rechtswidrig.<sup>476</sup>

---

<sup>470</sup> Fall bei *Jakobs*, AT, 13/38; *Joerden*, GA 1991, 411 (424f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 221 ff.; vgl. auch *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (490f.); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (75 und 78f.); *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 43f.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 256; siehe auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70).

<sup>471</sup> *Joerden*, GA 1991, 411 (424); *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 44; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 221.

<sup>472</sup> *Joerden*, GA 1991, 411 (424f.).

<sup>473</sup> *Joerden*, GA 1991, 411 (424)

<sup>474</sup> Ebd.

<sup>475</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 221 ff. (insbesondere S. 222 mit Fn. 190); vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (75 und 78f.); *Jakobs*, AT, 13/38; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 44; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 256; ähnlich, wenngleich im Rahmen der Gegenwärtigkeit der Gefahr, auch *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (490f.).

<sup>476</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224f.

Ebenfalls im Bereich der Sozialhilfe (im weiteren Sinne) angesiedelt ist der Fall, dass ein Vater wegen Geldmangels für sein Kind ein lebenswichtiges Medikament stiehlt, weil dessen Finanzierung von der Krankenkasse entweder überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig übernommen wird.<sup>477</sup> Auch hier scheitert nach überwiegender Ansicht eine Notstandsrechtfertigung am Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen bzw. geordneter Verfahren.<sup>478</sup> Teilweise wird aber differenziert: So sind laut *Günther Jakobs* zwar die Konsequenzen eines Mangels an Geld – wie in den oben dargestellten Fällen der Kollision von Vermögenswerten (oben II.2.c), S. 17 ff.) – grundsätzlich abschließend in den einschlägigen Regelwerken normiert, sodass der Diebstahl im Beispielfall mangels Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB nicht gerechtfertigt werden kann. Stehen der Einleitung des Verfahrens jedoch äußere Hindernisse entgegen, etwa bei einem akuten Krankheitsfall und Unerreichbarkeit staatlicher Hilfe, sei die Tat gerechtfertigt.<sup>479</sup> Ähnlich *Pawlik*: Müsste die Krankenkasse die Bezahlung des Medikaments am nächsten Tag ohnehin bewilligen, dürfe, wenn das Kind nicht so lange warten kann und andere legale Wege erschöpft sind, der Vater zwischenzeitlich auch eigenmächtig vorgehen.<sup>480</sup> Vom grundsätzlichen Vorrang des Sozialrechts gegenüber § 34 StGB wird demnach eine Ausnahme gemacht, wenn die Tat erstens materiell im Einklang mit der gesetzgeberischen Entscheidung steht (d. h. das Medikament ohnehin bewilligt werden müsste) und zweitens die eigentlich zuständige Stelle aus Zeitgründen nicht eingeschaltet werden kann.

#### 4. Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren im engeren Sinne

##### a) Sperrwirkung in Abhängigkeit vom Verfahrensstadium

###### aa) Einleitung

Neben gesetzgeberischen Vorwegentscheidungen, die einem Rückgriff auf § 34 StGB entgegen stehen sollen, wird dem Täter eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in der Literatur auch dann verwehrt, wenn der Schutz des Erhaltungsguts oder der Eingriff

<sup>477</sup> Fall bei *Jakobs*, AT, 13/37; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224; vgl. auch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 35; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *ders.*, JuS 2010, 108 (112); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (79); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 358; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 161 f.; *ders.*, GA 1985, 295 (297); *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 70 und 75 ff.; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 154; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 484; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 127; siehe weiterhin auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 358.

<sup>478</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 35; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *ders.*, JuS 2010, 108 (112); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 358; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 161 f.; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41e; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 154; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 484; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 127; im Ausgangspunkt auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224.

<sup>479</sup> *Jakobs*, AT, 13/37.

<sup>480</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 226.

in das Eingriffsgut nur innerhalb eines bestimmten Verfahrens vorgesehen<sup>481</sup> bzw. die Lösung des Konflikts auf ein bestimmtes Verfahren kanalisiert ist.<sup>482</sup> Erneut entspricht dieser Grundsatz einer „Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren“<sup>483</sup> der ganz überwiegenden Ansicht.<sup>484</sup> Fraglich und umstritten sind aber wiederum die Ausnahmen hierzu bzw. die Reichweite desselben. Dazu existiert in der Literatur ein bunter Strauß an Abgrenzungskriterien, deren Darstellung im Folgenden chronologisch entlang der verschiedenen Verfahrensstadien erfolgt.

### bb) Vor der Einleitung des Verfahrens

Fraglich ist zunächst, ob und in welchen Fällen ein staatliches Verfahren vorrangig eingeleitet werden muss. Gilt eine Sperrwirkung staatlicher Verfahren gegenüber § 34 StGB auch dann, wenn das Verfahren noch gar nicht durchgeführt wurde, eine staatliche Entscheidung, die vorrangig sein könnte, also noch gar nicht vorliegt?<sup>485</sup> Theoretisch sind drei Ansichten denkbar: (1) eine strenge Pflicht zur Verfahrenseinleitung, (2) die vollständige Ablehnung einer Pflicht zur Verfahrenseinleitung und (3) vermittelnd eine grundsätzliche Pflicht, sich um staatliche Hilfe zu bemühen, die jedoch nicht gilt, wenn der Verfahrenseinleitung bestimmte Hindernisse entgegenstehen. Während Ansicht (1) die Sperrwirkung allein von der abstrakt-rechtlichen Institutionalisierung eines Verfahrens abhängig macht, ist diese Sperrwirkung nach Ansicht (3) durch die konkret-situative Verfügbarkeit des Verfahrens bedingt, und Ansicht (2) lehnt die bloße Verfügbarkeit generell als Kriterium ab.<sup>486</sup>

Überwiegend wird die vermittelnde Ansicht (3) vertreten. Es bestehe eine grundsätzliche Pflicht zur Einleitung des Verfahrens,<sup>487</sup> von der aber eine Ausnahme gelte,

<sup>481</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 249.

<sup>482</sup> Jakobs, AT, 13/36.

<sup>483</sup> So die Begrifflichkeit bei MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 254.

<sup>484</sup> Abramenko, NSTZ 2001, 71 (72f.); Bock, ZStW 131 (2019), 555 (570); Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (212ff.); Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (194ff.); Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 35; ders., JZ 2023, 255 (259); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 254; ders., JuS 2010, 108 (112); Jakobs, AT, 13/36; Jescheck/Weigend, AT, S. 364; Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 317ff.; Kühl, AT, § 8 Rn. 177; Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 103f.; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 54; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248ff.; NK/Neumann, § 34 Rn. 119; Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 269ff.; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; KKOWiG/Rengier, § 16 Rn. 43; ders., AT, § 19 Rn. 57; ders., ZStW 101 (1989), 874 (883); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 262ff.; Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 321ff.; Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 123ff.; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 213ff.; LK/Zieschang, § 34 Rn. 162; siehe auch Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70f.); ähnliche Ergebnisse erzielt Greco, ZStW 134 (2022), 1 (91f.); a. A. Pelz, NSTZ 1995, 305 (309).

<sup>485</sup> Vgl. Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (214).

<sup>486</sup> Vgl. auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>487</sup> Dazu neben den im Folgenden Genannten auch Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 129; zur Notwehr Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 15 Rn. 44.

wenn der Verfahrenseinleitung bzw. der Gefahrenabwehr infolge des Verfahrens<sup>488</sup> tatsächliche Hindernisse, v. a. eine besondere Eilbedürftigkeit der Rettungsmaßnahme, entgegen stehen, sich der Täter des Verfahrens im konkreten Fall also gar nicht bedienen kann.<sup>489</sup> In Fällen, in denen „sich das zeitkritische Moment so zuspitzt, dass der Staat keine Möglichkeit zum effektiven Eingreifen hat“<sup>490</sup>, werde die vorrangige staatliche Gefahrenabwehr nicht in Frage gestellt. Mit Blick auf die Wartezeit wird teils auch mit Zumutbarkeitserwägungen gearbeitet.<sup>491</sup> Andere nehmen demgegenüber im Sinne der Ansicht (2) an, eine Sperrwirkung trete nur ein, wenn der Staat bereits mit der Bekämpfung der Gefahr begonnen hat<sup>492</sup> oder eine staatliche Entscheidung über das Ob und Wie der Gefahrenabwehr vorliegt.<sup>493</sup> Es bestehe keine generelle Pflicht, staatliche Verfahren einzuleiten.<sup>494</sup> Wieder andere wollen dagegen entsprechend Ansicht (1) äußere Hindernisse der Verfahrenseinleitung nicht berücksichtigen, stellen also eine strenge Pflicht zur Verfahrenseinleitung auf.<sup>495</sup> Auch der Umgang mit tatsächlichen Hinderungsgründen werde in den Verfahrensordnungen, z. B. durch die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, berücksichtigt.

Erneut finden sich vergleichsweise ausführliche Überlegungen bei *Pawlik*. Neben dem bereits beschriebenen Kriterium der unzureichenden Berücksichtigung der konkret-situativen Besonderheiten des Falls im abstrakten Recht (siehe oben 3.a) sei Raum für § 34 StGB v. a. in Fällen, in denen der Bürger gar nicht in Konflikt mit staatlichen Kompetenzen gerät, weil er sich der staatlichen Festlegung des Niveaus des Wohls unterordnet und als eine Art Geschäftsführer ohne Auftrag für die zuständige Stelle handelt.<sup>496</sup> Dies sei anzunehmen, wenn die Tat eines Einzelnen „typischerweise erheblich weniger aufwendig ist als das Unterfangen, das entsprechende Ergebnis mittels dauerhafter institutioneller Vorkehrungen zu erreichen.“<sup>497</sup> Wenn aufgrund der Begrenztheit öffentlicher Mittel staatlicherseits kein Schutz garantiert werden kann, dürfe der Bürger an der Herstellung einer Sicherheits-Infrastruktur mitwirken, die andernfalls nicht zu haben wäre.<sup>498</sup> Hier geht es also nicht um die

<sup>488</sup> Zur schwierigen Abgrenzung schon oben B. Fn. 356.

<sup>489</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570); *Böse*, ZStW 112 (2001), 40 (57 f.); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 183; *Jakobs*, AT, 13/37; *Winkelbauer*, NStZ 1988, 201 (204); vgl. auch *Mitsch*, JZ 2023, 230 (236); *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 194 f.

<sup>490</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570)

<sup>491</sup> Vgl. *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (134 f.); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 183; *Mitsch*, JZ 2023, 230 (236).

<sup>492</sup> *Jakobs*, AT, 13/44a; *Lesch*, Notwehr und Beratungsschutz, S. 62; dazu auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 228 mit Fn. 212.

<sup>493</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 228.

<sup>494</sup> So allgemein wohl *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214); *Fischer*, § 34 Rn. 9a.

<sup>495</sup> *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 320 f.; vgl. auch *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 271; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 129 (beachte aber z. B. ebd., S. 394).

<sup>496</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 223 ff., 226 und passim.

<sup>497</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 223.

<sup>498</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 225, 229 und 234.

tatsächliche Möglichkeit der Verfahrenseinleitung oder die rechtliche Verfügbarkeit eines Verfahrens, sondern darum, ob privates Vorgehen im konkreten Fall aus staatlicher Sicht wirtschaftlich effizienter ist als institutionelle Gefahrenabwehr.

### cc) Laufendes Verfahren

Auch was das Stadium eines bereits laufenden, aber noch nicht abgeschlossenen Verfahrens angeht, finden sich verschiedene, wenngleich weniger ausführliche Stellungnahmen. Manche erteilen in der Phase staatlich organisierter Gefahrenabwehr jedem privaten Vorgehen nach § 34 StGB eine Absage.<sup>499</sup> Wenn der Staat die Verteidigung übernommen habe, dürfe seine Zuständigkeit nicht durch Private in Frage gestellt werden. Innerhalb des Verfahrens sei der Einzelne vielmehr auf die ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Mittel beschränkt<sup>500</sup> und dürfe sich ansonsten nicht in die staatliche Gefahrenabwehr einmischen. Andere lassen beim Schutz von Individualrechtsgütern und einem absehbar erfolglos oder zu langsam verlaufenden Verfahren eine private Verteidigung zu,<sup>501</sup> stellen also eine Prognose über den (rechtzeitigen) Abschluss des Verfahrens an und verbinden damit das vorstehend beschriebene mit dem nachfolgenden Stadium.

### dd) Ergebnis des Verfahrens

Nach Abschluss eines staatlichen Verfahrens ist v. a. die Behandlung derjenigen Fälle umstritten, in denen das Verfahren aus Sicht des Täters oder Rechtsanwenders nicht zum gewünschten Ergebnis gelangte. Auch hier sind mehrere Ansichten denkbar, abhängig davon, ob das Ergebnis des staatlichen Verfahrens zur Abwehr der Gefahr geführt hätte oder nicht und ob dies ein rechtmäßiges, rechtswidriges, aber wirksames, oder ein nichtiges Verfahrensergebnis darstellt.

Der h. M. zufolge ist das Ergebnis des staatlichen Verfahrens für den Einzelnen unabhängig davon verbindlich und sperrt § 34 StGB, ob es die Gefahr im konkreten Fall abwendet und rechtmäßig ist. Lediglich eine nach dem (ggf. entsprechend anzuwendenden) Maßstab des § 44 (L)VwVfG *nichtige* Entscheidung entfalte keine Sperrwirkung gegenüber dem rechtfertigenden Notstand.<sup>502</sup> Andere setzen die Grenze sogar erst bei Fällen des Art. 20 Abs. 4 GG<sup>503</sup> und verlassen damit den Bereich des § 34 StGB. Eine *rechtmäßige* Entscheidung müsse auch und gerade dann respektiert werden, wenn sie, z. B. aufgrund rechtlicher Bindungen staatlicher Gefahrenabwehr oder einer rechtmäßigen Ausfüllung behördlicher Entscheidungsspielräume, *nicht*

<sup>499</sup> Jakobs, AT, 12/45 zur Notwehr; wohl auch Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324 f.; vgl. auch Arzt, FS Schaffstein, S. 77 (84).

<sup>500</sup> Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324.

<sup>501</sup> Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 325 f. und 326–329.

<sup>502</sup> Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (214); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 184 und 254; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 230 (mit Fn. 216), 232 ff.; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 254; für § 229 BGB auch W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 74 ff.

<sup>503</sup> Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (199).

zur Beseitigung der Gefahr führe.<sup>504</sup> Der Vorrang staatlicher Verfahren sei keine bloße Effektivitätsfrage.<sup>505</sup> Gegen *rechtswidriges* staatliches Verhalten stünden eigene staatliche Verfahren, wie etwa Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten, zur Verfügung, die der Bürger einzuleiten und zu respektieren habe.<sup>506</sup> Die Sperrwirkung staatlicher Verfahren gelte mithin unabhängig von der materiellen Rechtmäßigkeit und tatsächlichen Gefahrenabwehr-Wirksamkeit der staatlichen Entscheidung.<sup>507</sup> Eine Ausnahme hierzu ist bereits bekannt: In unvorhergesehenen Not-, Stör- und Katastrophenfällen, welche von der (rechtmäßigen oder rechtswidrigen) Einzelfallentscheidung nicht einkalkuliert worden seien, stehe der Weg zu § 34 StGB ausnahmsweise offen.<sup>508</sup>

Es finden sich aber auch andere Stellungnahmen. Führt das staatliche Verfahren nicht zur Abwehr der Gefahr, sei es, so eine andere Ansicht, dem Einzelnen nicht verwehrt, selbst nach § 34 StGB tätig zu werden.<sup>509</sup> Der Weg zu einer Rechtfertigung stehe immer offen, wenn der Staat die Gefahr aus tatsächlichen Gründen nicht abwehren *kann*, sie aus rechtlichen Gründen nicht abwehren *darf* oder aus Opportunitätsgründen nicht abwehren *will*. Dies gelte erst recht, wenn die staatliche Entscheidung gegen eine Abwehr der Gefahr materiell rechtswidrig ist.<sup>510</sup> Dann stelle das private Vorgehen einen bloßen Verstoß gegen Zuständigkeits- und Verfahrensvorgaben, d. h. rein formelles Ordnungsunrecht, aber keine materielle Rechtsgutsverletzung dar.<sup>511</sup> Die Bestrafung solchen Ungehorsams lasse ein „etatistisches, auf „Geßlerhuteffekte“ nicht verzichtendes Staatsverständnis erkennen [...]“<sup>512</sup>. Für den Eingriffsadressaten mache es aber keinen Unterschied, ob der Eingriff durch staatliche Organe oder seitens Privater aufgrund von § 34 StGB erfolgt.<sup>513</sup> Es komme also nur auf die Abwehr der Gefahr als Ergebnis, nicht aber auf das staatliche Verfahren an.

<sup>504</sup> Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 125.

<sup>505</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 228 mit Fn. 213.

<sup>506</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (571); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 230.

<sup>507</sup> Die Beachtlichkeit rechtswidriger, aber wirksamer belastender *Verwaltungsakte* ist im verwaltungsakzessorischen Umweltstrafrecht herrschend, siehe BGHSt 23, 86 (91 ff.); 31, 314 (315); Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, Vor §§ 324 ff. Rn. 16c.; Rogall, GA 1995, 299 (309); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 63e.

<sup>508</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (568 f.); Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (78); Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248 ff.; KKOWiG/Rengier, § 16 Rn. 43; Rudolphi, NSTZ 1984, 193 (196); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 258–262; Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 125–127; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 220 ff.

<sup>509</sup> Pelz, NSTZ 1995, 305 (306); vgl. auch Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, S. 194 f.

<sup>510</sup> Die Unbeachtlichkeit materiell rechtswidriger belastender *Verwaltungsakte* im verwaltungsakzessorischen Umweltstrafrecht vertreten etwa LK/Heghmanns, Vor § 324 Rn. 72; Kühn, FS Lackner, S. 815 (844 ff.); Perschke, wistra 1996, 161 (163 f.); Rudolphi, NSTZ 1984, 248 (252); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 117; MüKoStGB/Schmitz, Vor § 324 Rn. 93.

<sup>511</sup> Pelz, NSTZ 1995, 305 (306); vgl. allgemein auch Erb, FS Nehm, S. 181 (184); Greco, ZStW 134 (2022), 1 (91); Lesch, StV 1993, 578 (580); Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371 (392).

<sup>512</sup> Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 115 zur Verwaltungsakzessorietät.

<sup>513</sup> Pelz, NSTZ 1995, 305 (309).

Andere differenzieren: Zwar dürfe die *rechtmäßige* Weigerung staatlicher Stellen, die Gefahr abzuwehren, nicht durch ein effektiveres oder schnelleres Vorgehen Privater umgangen werden, weil staatliche Verfahrensordnungen eine Abwägung zwischen Effektivität und den Interessen aller Verfahrensbeteiligten vornähmen.<sup>514</sup> Ist die staatliche Entscheidung *gegen* eine Abwehr der Gefahr bzw. die staatliche Untätigkeit allerdings *rechtswidrig* und/oder dies bereits vor Einleitung des Verfahrens sicher abzusehen, müsse hiervon eine Ausnahme gemacht werden.<sup>515</sup> „Ein Festhalten am Vorrang der staatlichen Gefahrenabwehr liefe in derartigen Fällen auf die Legitimation eines rechtswidrigen Dauerzustands hinaus, der seinerseits die Gefahr birgt, dass das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung erodiert.“<sup>516</sup> Manche wollen diese Ausnahme bei rechtswidrigem Verhalten des Staates auf die Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten, d. h. auf Fälle akuter Bedrohung hochrangiger Individualrechtsgüter, begrenzen, weil nur dann der Staat die Legitimität seines Gewaltmonopols in Frage stelle.<sup>517</sup> Damit vergleichbar soll eine rechtswidrige Entscheidung keine Sperrwirkung entfalten, wenn damit ein materiell-rechtlicher Anspruch des Notstandstäters vereitelt wird.<sup>518</sup> Bei rechtswidriger Untätigkeit des Staates beschränken einige die Befugnis des Täters allerdings darauf, die Einleitung eines ordnungsgemäßen Verfahrens sicherzustellen, wohingegen eine eigenmächtige Durchsetzung des Rechts nicht zulässig sei.<sup>519</sup>

#### *ee) Abwägung zwischen Rechtsgütern und Wert des Verfahrens*

Eine letzte Ansicht nimmt keine Rücksicht auf das Verfahrensstadium. Weil weder absoluter Rechtsgüterschutz bezweckt werde, noch ein strikter Vorrang staatlicher Verfahren gelte, sei der Wert der betroffenen Rechtsgüter gegen die Bedeutung oder den Wert des einschlägigen Verfahrens abzuwägen.<sup>520</sup> Das setze eine Analyse des jeweiligen Verfahrens voraus. Beispielsweise komme dem polizeilichen Verfahren der Gefahrenabwehr gegenüber dem gerichtlichen Verfahren ein geringeres Gewicht zu – der Erfolg (Abwendung der Gefahr) stehe stärker im Vordergrund als die Durchführung des Verfahrens.<sup>521</sup> Beim Schutz von Kollektivrechtsgütern komme dem polizeilichen Verfahren aber ein stärkerer Vorrang zu als bei der Verteidigung indivi-

<sup>514</sup> Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 317; *Stam* in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (184).

<sup>515</sup> Böse/Tomiak, ZIS 2021, 123 (135 f.); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 184 und 254; Hecker, JuS 2018, 83 (85); Oğlakcioğlu, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts*, S. 272 f.; Renzikowski, GS Tröndle, S. 355 (364); *Stam* in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (184); zur Notwehr R. Haas, *Notwehr und Nothilfe*, S. 299 f.

<sup>516</sup> Böse/Tomiak, ZIS 2021, 123 (135).

<sup>517</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (573 f.).

<sup>518</sup> Späth, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, S. 128 f.

<sup>519</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 185 und 254; Renzikowski, GS Tröndle, S. 355 (364).

<sup>520</sup> Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 321–322; ähnlich SK/Hoyer, § 34 Rn. 101; nach der Art des Verfahrens differenzieren auch Jakobs, AT, 13/36; Späth, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, S. 124 f.

<sup>521</sup> Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 323.

dueller Güter.<sup>522</sup> Andere beziehen auch die Schwere des Eingriffs in die Abwägung ein.<sup>523</sup> Zusammenfassend hängt demnach der Vorrang staatlicher Verfahren vom Wert des betroffenen Rechtsguts und dem Wert des Verfahrens ab.

#### ff) Zwischenbemerkungen

Insgesamt herrscht in der Literatur ein Dickicht unterschiedlichster Ansätze, die sich oft in thesenhaften Stellungnahmen erschöpfen und sich nur selten mit gegnerischen Ansichten auseinandersetzen. Erschwert wird die Diskussion v. a. durch den engen Zusammenhang zwischen der „Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren“ und den Stellungnahmen zur Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr. Derjenige, dem es auf die effektive Abwehr der Gefahr durch das staatliche Verfahren ankommt, unterscheidet im Ergebnis nicht zwischen Überlegungen zur Erforderlichkeit und der Sperrwirkung im vorliegenden Sinne und läuft Gefahr, andere, normative Gesichtspunkte zu übersehen. Damit gehen schlichte Effektivitätsüberlegungen (sowohl auf staatlicher als auch auf privater Seite) und normative Urteile nahtlos ineinander über.

#### b) Anwendungsfälle

##### aa) Rechtfertigender Notstand und Schwangerschaftsabbruch

In den ersten Anwendungsfällen einer Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren im engeren Sinne ist das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und den Regelungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in §§ 218 ff. StGB fraglich.<sup>524</sup> Häufig geht es dabei um dogmatische Folgeprobleme des § 218a Abs. 1 StGB. In dieser Norm wird der nach § 218 StGB grundsätzlich strafbare Schwangerschaftsabbruch für *tatbestandslos* erklärt,<sup>525</sup> sofern bestimmte Verfahrensbedingungen eingehalten werden (Beratung und Bescheinigung mindestens drei Tage vor dem Eingriff, Verlangen durch die Schwangere, Abbruch durch einen Arzt, Einhaltung der Frist). Weil nach den Vorgaben des BVerfG der Schwangerschaftsabbruch gleichwohl *nicht rechtmäßig* sein soll,<sup>526</sup> sind die Auswirkungen des § 218a Abs. 1 StGB auf die Rechtfertigungsgründe problematisch.<sup>527</sup> Bei § 34 StGB stehen sich in der Regel das Leben des ungeborenen Kindes und Individualrechtsgüter der Schwangeren (oder anderer Beteiligter) gegenüber, und als möglicherweise vorrangiges Verfahren kommt das Verfahren im Vorfeld eines Schwangerschaftsabbruchs, das die §§ 218 ff. StGB verlangen, in Betracht.

<sup>522</sup> Keller, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 324.

<sup>523</sup> Roxin, FS Jescheck, S. 457 (481 f.).

<sup>524</sup> Als Beispiel zum Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB behandelt bei Jakobs, AT, 11/17; vgl. auch Coca-Vila, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (81).

<sup>525</sup> Hintergrund ist bekanntlich BVerfGE 88, 203 (251 ff., 273 ff.).

<sup>526</sup> BVerfGE 88, 203 (273 ff.).

<sup>527</sup> Im Überblick Satzger, JuS 1997, 800 ff.; siehe auch Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218a Rn. 12 ff.

Diskutiert wird erstens der Fall, dass ein Dritter versucht, einen nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslosen, aber (anders als bei § 218a Abs. 2 und 3 StGB) nach h. M. gleichwohl rechtswidrigen<sup>528</sup> Schwangerschaftsabbruch z. B. durch Nötigung der Schwangeren oder des abbrechenden Arztes zu verhindern. Bzgl. möglicherweise verwirklichter Straftatbestände (z. B. §§ 223 ff., 240 StGB) kommt eine Rechtfertigung wegen Notstandshilfe zugunsten des ungeborenen Kindes in Betracht.<sup>529</sup> Überwiegend wird dabei vertreten, eine solche Tat könne nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt werden, weil die Lösung des Konflikts zwischen dem Leben des ungeborenen Kindes und den Interessen der Schwangeren dem von § 218a Abs. 1 StGB geforderten Beratungsverfahren vorbehalten sei.<sup>530</sup> Der Gesetzgeber habe sich dafür entschieden, das ungeborene Leben ausschließlich durch die Verfahrensanforderungen für einen Schwangerschaftsabbruch, nicht jedoch durch Zwang Dritter zu schützen, und diese Entscheidung sei zu respektieren.<sup>531</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien stützen diese Ansicht: „Die Beseitigung einer dem Ungeborenen drohenden Gefahr durch Private, die die von der Rechtsordnung vorgesehenen [...] Instrumentarien zur Konfliktlösung missachtet, darf nicht als angemessenes Mittel zur Beseitigung der Gefahr angesehen werden.“<sup>532</sup> Wurde das Beratungsverfahren von der Schwangeren ordnungsgemäß durchlaufen, ist dessen – laut BVerfG immer rechtswidriges – Ergebnis für das ungeborene Kind also ebenso bindend wie für Dritte und eine Notstandsrechtfertigung ausgeschlossen.

Interessant ist der Fall auch in einer Abwandlung: Was gilt, wenn das von § 218a Abs. 1 StGB geforderte Verfahren *nicht* ordnungsgemäß durchlaufen wurde und der Abbruch selbst nach § 218 StGB strafbar ist? Anders als im Ausgangsfall soll hier eine Rechtfertigung wegen Nothilfe (§ 32 StGB) möglich sein, weil diesem Ergebnis die Wertung des § 218a Abs. 1 StGB nicht entgegenstehe.<sup>533</sup> Demgegenüber differenziert *Helmut Satzger* danach, ob der konkrete Tötungserfolg durch den Schwangerschaftsabbruch oder aber nur die Art und Weise, in der der Abbruch vorgenommen wurde,

<sup>528</sup> Siehe aber NK/Merkel, § 218a Rn. 60 ff.

<sup>529</sup> Dazu, dass das ungeborene Kind gegenüber der Schwangeren ein selbstständiger Rechtsgutsinhaber ist und daher im (versuchten) Schwangerschaftsabbruch ein Angriff (§ 32 StGB) bzw. eine Gefahr (§ 34 StGB) vorliegt, siehe Mitsch, JR 2006, 450 (451) m. w. N.

<sup>530</sup> Hillenkamp, FS Herzberg, S. 483 (501 f.); Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 44 (zu § 34 StGB); Mitsch, JR 2006, 450 (452); Kühl, AT, § 8 Rn. 178; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 138 (mit Fn. 473); Satzger, JuS 1997, 800 (804). Zu § 32 StGB BVerfGE 88, 203 (279); MüKoStGB/Erb, § 32 Rn. 86; Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218a Rn. 14; Fischer, § 218a Rn. 4; MüKoStGB/Gropp/Wörner, § 218a Rn. 12; Hillenkamp, FS Herzberg, S. 483 (500 f.); NK/Kindhäuser, § 32 Rn. 43; Kühl, AT, § 7 Rn. 265; NK/Merkel, § 218a Rn. 65; Mitsch, JR 2006, 450 (452); Rengier, AT, § 18 Rn. 100; ders., BT II, § 11 Rn. 25; LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 138; Roxin/Greco, AT I, § 15 Rn. 33 (mit Fn. 126); Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32 Rn. 19/20; differenzierend Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 72 f.; zweifelnd Matt/Renzikowski/Engländer, § 32 Rn. 62; Wessels/Hettinger/Engländer, BT 1, Rn. 194.

<sup>531</sup> Satzger, JuS 1997, 800 (803 f.).

<sup>532</sup> BT-Drucksache 13/1850, S. 25.

<sup>533</sup> NK/Merkel, § 218 Rn. 141; Mitsch, JR 2006, 450 (451): „dem Grunde nach unproblematisch“; LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 138; Roxin/Greco, AT I, § 15 Rn. 32: vgl. auch Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218 Rn. 38; Hillenkamp, FS Herzberg, S. 483 (498).

rechtlich missbilligt wird.<sup>534</sup> Ergebe sich die Strafbarkeit nach § 218 StGB aus einem Verstoß gegen Verfahrensvorschriften, welche unmittelbar den Schutz des Ungeborenen bezwecken, sei der Erfolg rechtlich missbilligt und ein rechtswidriger Angriff auf das ungeborene Leben gegeben, der vom Dritten abgewehrt werden dürfe. Werde jedoch gegen eine Verfahrensnorm, die nicht den Tötungserfolg, sondern nur das „Wie“ des Abbruchs betrifft, verstoßen, so fehle es für § 32 StGB an der Rechtswidrigkeit des Angriffs. Dies sei beispielsweise bei Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs durch eine Krankenschwester anstelle des von § 218a Abs. 1 Nr. 2 StGB geforderten Arztes der Fall.<sup>535</sup> Erfolge der Abbruch dagegen ohne die von § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB geforderte Beratung, welche unmittelbar dem Schutz des ungeborenen Kindes diene, sei der Abbruchserfolg selbst missbilligt und stelle einen rechtswidrigen Angriff dar. Übertragen auf § 34 StGB wäre das von § 218a StGB geforderte Verfahren also gegenüber einer Notstandshilfe Dritter auch dann vorrangig, wenn es fehlerhaft durchgeführt wurde, sofern nicht gegen das ungeborene Leben schützende Verfahrensanforderungen verstoßen wurde.

Die Frage nach dem Verhältnis der § 218a Abs. 2 und 3 StGB zu § 34 StGB, d. h. die nach einer Notstandsrechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs selbst, löst die Literatur schließlich mehrheitlich nach Grundsätzen der gesetzgeberischen Vorwegbewertung. Fraglich ist, ob neben § 218a Abs. 2 und 3 StGB für § 34 StGB noch ein Anwendungsbereich bleibt, wenn beispielsweise eine Krankenschwester den Abbruch vornimmt. Grundsätzlich sei, so die h. M., § 34 StGB aufgrund der spezielleren Regelung der § 218a Abs. 2 und 3 StGB gesperrt.<sup>536</sup> Es handle sich um eine „in jeder Hinsicht abschließende, weil eine gesetzliche Vorwegbewertung bestimmter Einzelfälle enthaltende Sonderregelung“<sup>537</sup>. Der Abbruch durch einen Nicht-Arzt könne also ebenso wenig wegen Notstands gerechtfertigt werden wie ein Abbruch, der aus anderen Gründen nicht den § 218a Abs. 2 und 3 StGB entspricht.<sup>538</sup> Ausnahmsweise stehe der Weg zu § 34 StGB jedoch offen bei besonderen, atypischen Notlagen, welche von der Regelung des § 218a Abs. 2 StGB nicht erfasst werden.<sup>539</sup> Ist etwa ein Arzt bei akuter Gefährdung von Leib und Leben der Schwangeren nicht rechtzeitig erreichbar, könne der Abbruch durch eine Krankenschwester o. ä. nach § 34 StGB gerechtfertigt werden.

---

<sup>534</sup> Satzger, JuS 1997, 800 (801).

<sup>535</sup> Anders Hillenkamp, FS Herzberg, S. 483 (484): Die obligatorische Vornahme des Abbruchs durch einen Arzt diene auch dem aus der Achtung der Würde des Fötus fließenden Gebot eines fachgerechten Vorgehens.

<sup>536</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 24; NK/Neumann, § 34 Rn. 123; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 6; LK/Zieschang, § 34 Rn. 12; vgl. auch Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (81).

<sup>537</sup> Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 6.

<sup>538</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 24.

<sup>539</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 24; Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218 Rn. 37; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 293; NK/Neumann, § 34 Rn. 123; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 6; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 8; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 192; LK/Zieschang, § 34 Rn. 12; weitergehend NK/Merkel, § 218 Rn. 137 f.

Die Beispiele zum Schwangerschaftsabbruch zeigen, dass zwischen gesetzgeberischen Vorwegentscheidungen und der Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren im engeren Sinne nicht trennscharf unterschieden werden kann. Die Sperrwirkung des Verfahrens nach §§ 218 ff. StGB wird gemeinhin mit der Entscheidung des Gesetzgebers, den Konflikt nur innerhalb dieses Verfahrens zu lösen, begründet<sup>540</sup> und die Frage nach der Notstandsrechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs mit Überlegungen zur Spezialität der §§ 218 ff. StGB gelöst. Letzteres deutet auch auf ein mögliches Verständnis des Vorrangs staatlicher Verfahren als Problem einer Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen hin.<sup>541</sup> Schließlich fällt auf, dass anders als in anderen Fällen nicht mit staatlichen Interessen, dem staatlichen Gewaltmonopol o. ä. argumentiert wird, sondern eine Lösung mit Blick auf das ungeborene Leben gesucht wird. Das erinnert an den beschriebenen „Familienpflege“-Fall (oben II.2.b), S. 15 ff.), auch wenn nicht immer dieselben Überlegungen angestellt werden.

### bb) Staatsnotstandshilfe

Von der soeben gezeigten Individualisierung des Problems weit entfernt sind Fälle, die unter dem Stichwort der „Staatsnotstandshilfe“ firmieren und in denen der Einzelne zum Schutz staatlicher Güter oder des Staates selbst tätig wird. Dabei lässt sich ein weites und ein enges Verständnis der Staatsnot bzw. des Staatsnotstands unterscheiden. Beim Staatsnotstand im weiteren Sinne sind einzelne Rechtsgüter des Staates, d. h. entweder Individualrechtsgüter wie fiskalische Interessen<sup>542</sup> oder Kollektivrechtsgüter wie das staatliche Strafverfolgungsinteresse oder die Funktionsfähigkeit von Verwaltung und Justiz,<sup>543</sup> bedroht,<sup>544</sup> während beim Staatsnotstand im engeren Sinne die Institution des Staates an sich oder wesentliche Elemente derselben (Staatsgewalt, Staatsvolk, Staatsgebiet) gefährdet sind.<sup>545</sup>

Die Behandlung des Staatsnotstands im weiteren Sinne weist im Vergleich zu den bereits dargestellten Beispielen nur wenige Besonderheiten auf. Neben dem Verhältnis des rechtfertigenden Notstands zu staatlichen Verfahren wird hauptsächlich diskutiert, ob die beschriebenen Rechtsgüter, wenn sie nicht zugleich Individualinteressen einzelner Bürger betreffen, überhaupt notstandsfähig sind.<sup>546</sup> Wer dies mit der h. M. bejaht,<sup>547</sup> beurteilt das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfah-

<sup>540</sup> Nachweise oben B. Fn. 530.

<sup>541</sup> Vgl. nur *Jakobs*, AT, 11/17.

<sup>542</sup> Abweichend *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (55): Individualrechtsgüter des Staates sind für notstandsspezifische Zwecke als Kollektivrechtsgüter einzustufen.

<sup>543</sup> Vgl. Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 11.

<sup>544</sup> Weites Verständnis bei *Jakobs*, AT, 13/10; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 222; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 226 ff.

<sup>545</sup> Enges Verständnis: *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 104; vgl. auch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 18; *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 313 f.; *LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 80.

<sup>546</sup> Ablehnend *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 18; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 22.

<sup>547</sup> Allgemein *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 72 f.; *Lackner/Kühl/Heger*, § 34 Rn. 4; *Kühl*, AT, § 8

ren nicht anders als bereits dargestellt. Exemplarisch *Jakobs*: „Die Möglichkeit staatlich organisierten Schutzes geht vor; die Verweigerung der Hilfe durch handlungsfähige Staatsorgane bindet den Privaten [...]“<sup>548</sup> Privates Vorgehen zum Schutz staatlicher Interessen sei erst ab der Schwelle des Art. 20 Abs. 4 GG<sup>549</sup> oder in „krassen Ausnahmefällen [...], in denen ein Eingreifen der Staatsgewalt zu spät käme und die Hinnahme der drohenden Folgen schlechthin unerträglich erschiene“<sup>550</sup> zulässig.

Problematisch ist die Staatsnotstandshilfe im Sinne existenzieller Bedrohung des Staates als Ganzes. Das Reichsgericht bildete Fall, dass ein Spion, welcher sich gerade anschickt, mit Staatsgeheimnissen die Staatsgrenze zu überschreiten, von einem Passanten getötet wird.<sup>551</sup> Eine Ansicht hält in solchen Fällen eine Rechtfertigung wegen Notwehr<sup>552</sup>, Notstands<sup>553</sup> oder aufgrund eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrunds *sui generis*<sup>554</sup> für möglich, sofern der Vorrang staatlichen Selbstschutzes beachtet werde. Andere lehnen außerhalb des Art. 20 Abs. 4 GG und spezieller Rechtfertigungsgründe wie § 127 Abs. 1 StPO eine Rechtfertigung ab und begründen das mit dem staatlichen Gewaltmonopol und dem Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr.<sup>555</sup> Im Ausgangspunkt besteht also Einigkeit über einen Vorrang staatlichen Selbstschutzes, doch unterscheiden sich die Auffassungen zur Reichweite dieses Vorrangs oder zu Ausnahmen hierzu.<sup>556</sup> Das illustriert die Argumentation bei *Matthias*

---

Rn. 21; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 181; Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 10; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 8; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13; LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 49, 54; zum Problem unten C.IV.2.a)bb), S. 169 ff.

<sup>548</sup> *Jakobs*, AT, 13/11; siehe auch MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 182; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 224.

<sup>549</sup> *Jakobs*, AT, 13/11.

<sup>550</sup> MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 183; ähnlich Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 10; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13.

<sup>551</sup> RGSt 63, 215 (220).

<sup>552</sup> *Kühl*, AT, § 7 Rn. 37; Schönke/Schröder/*Perron/Eisele*, § 32 Rn. 6 f.; differenzierend NK/*Kindhäuser*, § 32 Rn. 46; weitere Nachweise bei *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 479 mit Fn. 31; kritisch *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 272–275; MüKoStGB/*Erb*, § 32 Rn. 101; LK/*Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 80; *Rengier*, AT, § 18 Rn. 10; *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 41; zweifelnd *Lackner/Kühl/Heger*, § 32 Rn. 3.

<sup>553</sup> MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 183; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 340 f.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 26; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 73; *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 41 und § 16 Rn. 13; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 223 f.; wohl auch *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 460; weitere Nachweise bei *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 479 mit Fn. 32.

<sup>554</sup> RGSt 63, 215 (224); vgl. auch *Jakobs*, AT, 12/13; zwischen Notwehr und Notstand; weitere Nachweise bei *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 479 mit Fn. 33; kritisch NK/*Paeffgen/Zabel*, Vor §§ 32 ff. Rn. 179 und 184a; LK/*Rönnau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 128; LK/*Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 80.

<sup>555</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 18; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 507; NK/*Neumann*, § 34 Rn. 22; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 323 (mit Fn. 637); wohl auch LK/*Rönnau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 128 (mit Fn. 541); LK/*Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 80; für den Spionage-Fall auch *Jakobs*, AT, 12/10; vgl. weiterhin *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 306–314 (beachte aber S. 313 f.).

<sup>556</sup> Siehe auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtferti-

*Jahn*: Im Grundsatz gelte eine Subsidiarität der Staatsnot(stands)hilfe gegenüber staatlichen Organen, sofern diese handlungsfähig sind. Handlungsunfähigkeit staatlicher Stellen sei allerdings nur beim Vorliegen einer Staatsgefahr, d. h. ab der Schwelle des Art. 20 Abs. 4 GG, anzunehmen, nicht aber innerhalb politisch stabiler Verhältnisse.<sup>557</sup> Unterhalb dieser Grenze, also in normalen Alltagssituationen, stellten spezielle Rechtfertigungsgründe, bei denen man im Interesse des Staates handle, wie insbesondere § 127 Abs. 1 StPO, eine abschließende Regelung dar, außerhalb derer der Bürger nicht zum Schutz staatlicher Interessen tätig werden dürfe.<sup>558</sup> Das stelle sicher, dass „unbeabsichtigte Folgeeffekte der Zulassung von Staatsnothilfe durch den übermotivierten Bürger ausbleiben.“<sup>559</sup> Im Spionage-Fall des Reichsgerichts könnten staatliche Organe den fliehenden Spion auch bewusst die Grenze passieren lassen, um später „die ganze Organisationsstruktur zum Wohle der Landesverteidigung aufdecken zu können“.<sup>560</sup> Außerhalb von § 127 Abs. 1 StPO einerseits und Art. 20 Abs. 4 GG andererseits sei daher eine Staatsnotstandshilfe nicht gerechtfertigt.<sup>561</sup> *Jahn* arbeitet mit bekannten Argumenten zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren: abschließende Sonderregelungen und behördliche Entscheidungskompetenzen. Der Gedanke der Handlungsunfähigkeit staatlicher Stellen lässt sich zudem in Beziehung setzen mit der Verfügbarkeit eines staatlichen Verfahrens. Dann lassen sich aber auch die bereits beschriebenen anderen Ansichten übertragen: Wem es auf die Verfügbarkeit staatlicher Hilfe im konkreten Fall ankommt, müsste im Fall des Reichsgerichts eine Rechtfertigung bejahen, weil staatliche Stellen zwar nicht allgemein handlungsunfähig, aber doch im konkreten Fall nicht erreichbar waren und den Grenzübertritt des Spions nicht verhindern konnten. Das beschränkt die Staatsnothilfe nicht auf staatliche Not- oder Krisenzeiten, sondern erweitert sie auf alltägliche Situationen.<sup>562</sup>

### *cc) Verteidigung einer materiellen Rechtsposition gegen formell ordnungsgemäße Eingriffe im Rahmen gerichtlicher Verfahren*

#### *(1) Einführung*

Während beim Staatsnotstand der Staat das gefährdete Objekt ist, wird er nun zur Gefahrenquelle. Die Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren im engeren Sinne ist auch problematisch, wenn das Ergebnis eines staatlichen Verfahrens materiell unrichtig ist oder zu werden droht, wenn also ein Widerspruch zwischen dem materiel-

---

genden Notstand (§ 34 StGB), S. 224: Exekutivvorrang als das eigentliche Problem des Staatsnotstands.

<sup>557</sup> *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 491 f.

<sup>558</sup> *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 492–495.

<sup>559</sup> *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 495.

<sup>560</sup> Ebd.

<sup>561</sup> *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 496 ff. und 507 mit weiteren Argumenten.

<sup>562</sup> So beispielsweise *Jescheck/Weigend*, AT, S. 341 (für § 34 StGB); *Schönke/Schröder/Perron/Eisele*, § 32 Rn. 7 (für § 32 StGB); *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13 (für § 34 StGB).

len Recht und dem formalen Verfahrensergebnis besteht.<sup>563</sup> Wer hier einen Vorrang des Verfahrens annimmt, plädiert scheinbar für einen Nachrang des materiellen Rechts gegenüber formalen Kriterien und verpflichtet den Notstandstäter auf den ersten Blick dazu, zugunsten formaler Ordnungsinteressen auf „sein gutes Recht“ zu verzichten. Zwei Konstellationen werden im Folgenden herausgegriffen: In den ersten Fällen versucht der Täter, ein künftig drohendes (materiell unrichtiges) Verfahrensergebnis abzuwenden, in der zweiten Konstellation geht es darum, die Vollstreckung eines bereits vorliegenden (materiell unrichtigen) Verfahrensergebnisses zu verhindern.

### (2) Beweismangel und falsche Beweise vor Gericht

Fraglich ist, ob im Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verfahren einem Beweismangel auf der Seite des materiellen Rechtsinhabers oder der Vorlage eines falschen Beweises durch die Gegenseite mit einer nach § 34 StGB gerechtfertigten Notstandshandlung abgeholfen bzw. entgegen getreten werden darf.<sup>564</sup> Die Beispiele hierzu sind vielfältig.<sup>565</sup> Man denke nur an die strafrechtlich relevante Verschaffung von Beweismitteln (z. B. §§ 201 ff., 242, 263 StGB), die Falschaussage eines Zeugen bzw. die Anstiftung oder Verleitung eines Zeugen zu einer Falschaussage (§§ 153 ff., 160 StGB ggf. i. V. m. § 26 StGB) oder an Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB), jeweils begangen, um eine bestimmte Rechtsposition durchzusetzen oder um auf ein falsches Beweismittel des Prozessgegners zu reagieren, weil das Verfahren andernfalls mit einem materiell unrichtigen Ergebnis zu enden droht. Mit Blick auf den Notstandskonflikt entzieht sich die Konstellation einer genauen Einordnung. Aufgrund des das Prozessrecht durchziehenden Prinzips subjektiven Rechtsschutzes (z. B. § 42 Abs. 2 VwGO) wird auf der Erhaltungsseite meist ein Individualrechtsgut stehen, während auf Eingriffsseite beide Arten von Rechtsgütern denkbar sind. Dabei befindet man sich innerhalb eines bereits laufenden, aber noch nicht abgeschlossenen Verfahrens. Als staatliche Verfahren kommen verschiedene prozessuale Mechanismen zur Überwindung einer schwachen Beweissituation oder zur Verteidigung gegen (möglicherweise) falsche Beweise in Betracht.

Viele lehnen eine Notstandsrechtfertigung tatbestandsmäßiger Handlungen zur Verbesserung der Beweissituation generell ab.<sup>566</sup> Das „Umfunktionieren des Not-

<sup>563</sup> Die weitere Untersuchung wird noch ergeben, dass zwischen Verfahren und materiellem Recht nicht so exakt unterschieden werden kann, wie dies hier den Anschein erweckt.

<sup>564</sup> Differenzierte Überlegungen dazu insbesondere bei MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 258–267; Jakobs, AT, 13/39–41; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232 ff.; Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 321 ff.; monographisch Paglotke, Notstand und Notwehr innerhalb von Prozesssituationen, 2006.

<sup>565</sup> Vgl. auch Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 151–194.

<sup>566</sup> Erb, JuS 2010, 108 (112); Greco, ZStW 134 (2022), 1 (91 f.); Kühl, AT, § 8 Rn. 178; Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 153 ff., 207, 256 ff. (zur Beweisnot); Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324 f. und 342 f.;

stands zu einem Vehikel eigenmächtiger Beweissicherung<sup>567</sup> durchbreche die Schranken, die das Prozessrecht der Durchsetzung des jeweiligen Beweisinteresses ziehe.<sup>568</sup> Insbesondere zivilrechtliche Ansprüche seien zudem lediglich innerhalb der gerichtlichen Verfahren geschützt, stellten aber kein notstandsfähiges Rechtsgut dar.<sup>569</sup> Außerdem könne eine private Notstandsbefugnis als Ausnahme zum staatlichen Gewaltmonopol von vornherein dort nicht bestehen, wo der Staat anwesend ist und die Gefahr für die Rechtsgüter beherrscht.<sup>570</sup>

Andere differenzieren danach, ob die fragliche Notstandshandlung innerhalb oder außerhalb des gerichtlichen Verfahrens erfolgt.<sup>571</sup> Innerhalb des gerichtlichen Verfahrens sei weder die tatbestandsmäßige Behebung eines Beweismangels noch die Verteidigung gegen einen falschen Beweis nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>572</sup> Stattdessen sei der Täter auf die in den prozessrechtlich vorgesehenen Mechanismen zur Verschaffung von Beweisen oder zur Verteidigung gegen falsche Beweise beschränkt. Beispielsweise dürfe man sich gegen eine Falschaussage eines Zeugen nur durch Antrag auf Vereidigung nach §§ 66 ff. StPO, nicht aber durch Nötigung des Zeugen wehren.<sup>573</sup> Stehen solche Mechanismen nicht zur Verfügung, sei dies hinzunehmen und dürfe nicht durch § 34 StGB umgangen werden. Manche begründen dies damit, dass andernfalls die „Verfahrensordnung als solche desavouiert“<sup>574</sup> würde.<sup>575</sup> Andere legen mehr Wert darauf, dass bei der Auflösung des Konflikts zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit oder zwischen den Beweisinteressen des Täters und den Belangen des Eingriffsofners ein Beurteilungsspielraum des demokratischen Gesetzgebers bestehe, welcher vom Einzelnen respektiert werden müsse.<sup>576</sup> Bei Handlungen *innerhalb des gerichtlichen Prozesses* ist § 34 StGB demnach gesperrt.

Dies gelte jedoch „nur, soweit das Verfahren reicht.“<sup>577</sup> Gefahren, die einem Beweismittel *außerhalb* des Verfahrens drohen (z. B. Vernichtung durch Brand), könn-

---

Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 485; vgl. auch Geilen, JZ 1975, 380 (384); Grebing, GA 1979, 81 (98); weitgehend ablehnend NK/Neumann, § 34 Rn. 25.

<sup>567</sup> Geilen, JZ 1975, 380 (384).

<sup>568</sup> Geilen, JZ 1975, 380 (384); Grebing, GA 1979, 81 (98).

<sup>569</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 25.

<sup>570</sup> Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324.

<sup>571</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 258 ff.; Jakobs, AT, 13/39 ff.; in diese Richtung auch Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 249 ff. und 280 ff.; differenzierend auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232 ff.

<sup>572</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 261; Jakobs, AT, 13/40; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232 f.; bzgl. falscher Beweismittel a. A. Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 283 ff.

<sup>573</sup> Beispiel nach Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 100.

<sup>574</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 261.

<sup>575</sup> Ebenso Jakobs, AT, 13/40; vgl. auch Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 321.

<sup>576</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232 f.; vgl. auch Grebing, GA 1979, 81 (98); Roxin, JuS 1976, 505 (509 f.).

<sup>577</sup> Jakobs, AT, 13/41.

ten außerhalb des Verfahrens auch mit § 34 StGB abgewehrt werden.<sup>578</sup> Ebenso dürfe einer im späteren Prozess zu erwartenden Beweisnot vor oder neben dem Prozess mit einer Notstandstat abgeholfen werden, wenn ein Anspruch auf Überlassung des Beweismittels (z. B. § 810 BGB) besteht und staatliche Verfahren zur vorbereitenden Beweisbeschaffung oder -sicherung (z. B. §§ 935 ff. ZPO) aus tatsächlichen, insbesondere zeitlichen, Gründen nicht eingeleitet werden können.<sup>579</sup> Staatliche Verfahren seien nicht vorrangig, weil sie schon gar nicht einschlägig seien.<sup>580</sup> Hier geht es also um den Anwendungsbereich der Verfahren: Verfahrensexterne Gefahren werden wie atypische Gefahren von vornherein nicht erfasst, und wo das Verfahren aus tatsächlichen Gründen gar nicht erst eingeleitet werden kann, darf das hypothetische Ergebnis dieses Verfahrens durch § 34 StGB herbeigeführt werden. Dies entspreche § 229 BGB.<sup>581</sup>

Die vorstehenden Differenzierungen betrafen die Verbesserung der eigenen Beweislage durch tatbestandsmäßige Handlungen. Wie eine außerhalb des Prozesses stattfindende Verteidigung gegen falsche oder gefälschte Beweismittel und rechtswidriges Verhalten des Prozessgegners zu behandeln ist, wird auch innerhalb der differenzierenden Ansicht unterschiedlich beurteilt. Diejenigen, die den Vorrang des Verfahrens bei Handlungen *innerhalb* des Prozesses mit dem Schutz des Verfahrens an sich begründen, wollen eine *außerhalb* des Prozesses erfolgende Verteidigung gegen falsche Beweismittel unter Notstandsgesichtspunkten zulassen, weil hier die Verfahrensordnung als solche nicht betroffen sei.<sup>582</sup> Dagegen streben die Stimmen, denen es auf die Beurteilungskompetenz des Gesetzgebers ankommt, einen Gleichlauf zwischen der Verteidigung innerhalb und außerhalb des Prozesses an: Was innerhalb des Verfahrens nicht erlaubt sei, müsse auch außerhalb des Verfahrens untersagt werden, weshalb die Rechtfertigung einer Verteidigung gegen falsche Beweise außerhalb des Prozesses ebenfalls am Vorrang des Verfahrens scheitere.<sup>583</sup>

Auch manche Fälle aus der Rechtsprechungsübersicht lassen sich schließlich unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der Beweissituation betrachten, wenn man sich vom Bild des (zivil-)gerichtlichen Verfahrens im engeren Sinne löst und auch das strafrechtliche Ermittlungsverfahren einbezieht.<sup>584</sup> So wird an den Urteilen im Fall Tierschützer I (oben aa, S. 25 ff.) kritisiert, dass die Beweissicherung durch Private zum Zweck der Strafverfolgung gegen das staatliche Gewaltmonopol verstoße.<sup>585</sup> Auch im Rauschgiftkriminalitäts-Fall des OLG München (oben II.3.c), S. 33 ff.)

<sup>578</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 259; Jakobs, AT, 13/41.

<sup>579</sup> Jakobs, AT, 13/41; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 234; wohl auch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 259.

<sup>580</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 259.

<sup>581</sup> Geilen, JZ 1975, 380 (384); Jakobs, AT, 13/41.

<sup>582</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 262 f.

<sup>583</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 233 f.

<sup>584</sup> Für einen Gleichlauf zwischen gerichtlichem Verfahren an sich und Ermittlungsverfahren Jakobs, AT, 13/40.

<sup>585</sup> Scheuerl/Glock, NSStZ 2018, 448 (450 f.).

sollten Beweise für ein späteres Strafverfahren beschafft werden.<sup>586</sup> Die restriktive Haltung der Literatur zur Verbesserung der Beweislage durch Notstandshandlungen spiegelt sich in der Beurteilung der Beispielsfälle jedoch nicht wider.

### (3) Verteidigung gegen die Vollstreckung eines Fehlurteils

Das folgende Problem schließt sich an die Fälle einer prekären Beweislage an: Handelt ein materiell unschuldiger, aber z. B. aufgrund „unglücklicher“ Beweislage prozessordnungsgemäß zu einer Freiheitsstrafe verurteilter Angeklagter, der sich gewaltsam der (weiteren) Vollstreckung der Strafe widersetzt, nach § 34 StGB gerechtfertigt?<sup>587</sup> Diesbezüglich ist bei *Rudolf Rengier* zu lesen: „Wer, jeweils zu Unrecht, einer Straftat verdächtigt wird, Untersuchungshaft erleidet, in allen Instanzen verurteilt wird und auch keinen Erfolg mit Wiederaufnahmeverfahren hat, ist stets auf die vorgesehenen Rechtsbehelfe zu verweisen; am Ende muss er die rechtskräftige Entscheidung mit der unberechtigten Sanktion hinnehmen und kann allenfalls noch auf eine Begnadigung hoffen.“<sup>588</sup> Blickt man allein auf die rechtskräftige Verurteilung und deren Vollstreckung, so soll nach ganz h. M. ein gewaltsamer Ausbruch aus der Strafhaft auch dann nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, wenn der Betroffene materiell unschuldig ist, weil das strafprozessuale Wiederaufnahmeverfahren (§ 359 Nr. 5 StPO) den rechtfertigenden Notstand sperre.<sup>589</sup> Alles andere gefährde das Institut der Rechtskraft und den Rechtsfrieden<sup>590</sup> bzw. fundamentale rechtliche Ordnungsprinzipien.<sup>591</sup> Die Bürger hätten ihre Selbstverteidigungsrechte gegen prozessimmanente Risiken an den Staat als Inhaber des Gewaltmonopols abgegeben, der im Gegenzug Rechtsbehelfe zur Behebung möglicher Fehler zur Verfügung stelle. Folglich dürfe sich der Einzelne auch nur innerhalb der in den Prozessordnungen zur

<sup>586</sup> Vgl. *Grebing*, GA 1979, 81 (101); *Jakobs*, AT, 13/40; *Roxin*, JuS 1976, 505 (509 mit Fn. 38).

<sup>587</sup> Fall z. B. bei *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54.

<sup>588</sup> *Rengier*, AT, § 19 Rn. 57.

<sup>589</sup> *Guido Britz/Müller-Dietz*, JuS 1998, 237 (239 f.); *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91 f.); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 32, 155, 178; *Lenckner*, GA 1985, 295 (312 f.); *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; *Neuheuser*, Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht, S. 111 ff.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41; *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 55, 58 ff., 90 f.; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 57; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 253 f.; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 162; *Zimmermann*, JuS 2011, 629 (633); vgl. auch *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 338; *Timpe*, JuS 1985, 25 (36). Vielerorts auch als Notwehrproblem behandelt, siehe *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (61); *Löwe/Rosenberg/Kühne*, Einl. K Rn. 82; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 59 mit Fn. 20; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 52 Rn. 9; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar I, Nr. 286. Zu einer ähnlichen Problematik in der Situation der Not(stands)hilfe gelangt man im Fall des § 120 StGB, siehe KG, Urt. v. 29.11.1979 – (4) Ss 319/79 (124/70), JR 1980, 513 (514); *MüKoStGB/Bosch*, § 120 Rn. 30; *Schönke/Schröder/Eser*, § 120 Rn. 16; *LK/Rosenau*, § 120 Rn. 55; ausführlich zur Frei- und Zwangsverurteilung von Terroristen *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 16 ff. und passim.

<sup>590</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 257 (mit Fn. 79); *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 162.

<sup>591</sup> *Lenckner*, GA 1985, 295 (312).

Verfügung gestellten Verfahren gegen ein Fehlurteil zur Wehr setzen.<sup>592</sup> Dies gelte selbst dann, wenn das entsprechende Verfahren im Einzelfall nicht zum Erfolg führt. Dann realisiere sich nur „das den Prozessordnungen immanente Risiko, dass es trotz aller Schutzmaßnahmen dennoch zu Fehlentscheidungen kommen kann.“<sup>593</sup> Manche verneinen bereits das Vorliegen einer notstandsfähigen Rechtsposition, weil der Freiheitsentzug infolge eines wirksamen und rechtskräftigen Urteils rechtmäßig sei.<sup>594</sup> Anderen zufolge fehlt es an der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, denn das Wiederaufnahmeverfahren sei ein milderes Mittel.<sup>595</sup> Am verbreitetsten ist die Ablehnung des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses oder der Angemessenheit der Tat aufgrund vorrangiger staatlicher Verfahren.<sup>596</sup>

Eine abweichende Ansicht vertritt *Andreas Hoyer*.<sup>597</sup> Das Interesse des Staates an der Einhaltung der Verfahrensordnung sei lediglich als Faktor innerhalb der Interessenabwägung zu berücksichtigen, welcher zwar das Gewicht des Erhaltungsguts mindere, jedoch eine Rechtfertigung nicht zwingend ausschließe. Insbesondere beschränke sich die zulässige Verteidigung der materiell-rechtlich schutzwürdigen Freiheit des (unschuldigen) Angeklagten nicht auf die von der Verfahrensordnung eingeräumten Verteidigungsmittel.

Nicht unterschlagen werden soll, dass die Frage nach der Rechtfertigung eines gewaltsamen Widerstands gegen die Vollstreckung eines materiell unrichtigen, aber rechtskräftigen Urteils in engem Zusammenhang mit dem Streit um das Wesen der materiellen Rechtskraft steht.<sup>598</sup> Eine Stellungnahme in diesem Streit kann sich etwa auf die dogmatische Verortung des Vorrangs des Wiederaufnahmeverfahrens auswirken, weil aus Sicht einer materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie oder einer prozessualen Gestaltungstheorie schon die Verneinung eines notstandsfähigen Rechtsguts naheliegt, die prozessrechtliche Rechtskrafttheorie dagegen erst innerhalb der

---

<sup>592</sup> *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar I, Nr. 286.

<sup>593</sup> *Neuheuser*, Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht, S. 113.

<sup>594</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 257; ohne Bezug auf die materielle Unschuld des Betroffenen auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 77; vgl. auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248.

<sup>595</sup> *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 162.

<sup>596</sup> *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 178; *Neuheuser*, Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht, S. 112f.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 57; *Timpe*, JuS 1985, 25 (36); unter der Kategorie der vorrangigen gesetzgeberischen Entscheidungen eingeordnet bei *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *Zimmermann*, JuS 2011, 629 (633).

<sup>597</sup> *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 101. Er bezieht sich zwar exemplarisch auf die Anstiftung eines Zeugen zur Falschaussage, wendet sich jedoch gegen die h. M., welche sich v. a. mit dem gewaltsamen Gefängnisausbruch in Relation zur Wiederaufnahme beschäftigt (siehe *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 101 mit Fn. 232 und die dort zitierten Quellen).

<sup>598</sup> Siehe nur *Guido Britz/Müller-Dietz*, JuS 1998, 237 (239); zu den Rechtskrafttheorien im Zusammenhang mit dem gewaltsamen Gefängnisausbruch auch *Löwe/Rosenberg/Kühne*, Einl. K Rn. 81 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 52 Rn. 9; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar I, Nr. 286.

Angemessenheit zur Ablehnung der Rechtfertigung kommen wird. Im Ergebnis folgt die strafprozessrechtliche Literatur der ganz h. M. zu § 34 StGB und verneint eine Rechtfertigung jeglicher Selbstverteidigung gegen die Vollstreckung eines materiell unrichtigen Urteils.<sup>599</sup>

#### (4) Zwischenbemerkungen

Die weitgehende Einigkeit über den Ausschluss einer Notstandsrechtfertigung im Fall des Gefängnisausbruchs überrascht angesichts der zuvor gezeigten Uneinigkeit über den Umgang mit rechtswidrigen oder nichtigen Verfahrensergebnissen. Während dort viele *für* eine Notstandsrechtfertigung votierten und alles andere als Bestrafung rein formalen Ordnungsunrechts ansahen,<sup>600</sup> wird in den soeben besprochenen Beispielen oft betont, dass der Ausschluss einer Notstandsrechtfertigung die Verfahrensordnung vor einer Desavouierung bewahren<sup>601</sup> bzw. das Institut der Rechtskraft schützen<sup>602</sup> soll. Dass dabei zudem auf beiden Seiten mit dem staatlichen Gewaltmonopol argumentiert wird, welches einerseits einer Rechtfertigung nicht entgegenstehen soll, wenn Individualrechtsgüter konkret gefährdet werden,<sup>603</sup> andererseits aber eine Rechtfertigung innerhalb gerichtlicher Verfahren, die am Ende zur Verhängung von Straftat führen können, ausschließe, weil der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols in Form des gerichtlichen Verfahrens zur Gefahrenabwehr *anwendend* ist,<sup>604</sup> vergrößert die Inkonsistenzen noch.<sup>605</sup>

Außerdem illustrieren die Beispiele ein Problem, das auch in der Rechtsprechungsübersicht deutlich wurde (insbesondere oben II.4.b)cc), S. 44 ff.): das Verhältnis von Form und Inhalt, Prozessrecht und materiellem Recht, Verfahren und Ergebnis. Dabei lässt sich fragen, ob die Vorstellung eines von der Prozedur unabhängigen materiellen Rechts überhaupt zutreffend ist.<sup>606</sup> Anlass zu Zweifeln daran geben auch die Fälle zum Aufenthalts- und Asylrecht oder der Kriegsdienstverweigerer-Fall, in denen eine Abhängigkeit der Notstandsfähigkeit eines Interesses von dessen verfahrensmäßiger Anerkennung im Raum stand (oben II.4.c), S. 47 ff.).

<sup>599</sup> Löwe/Rosenberg/Kühne, Einl. K Rn. 82; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 52 Rn. 9; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 286. Spätestens an der Stelle sei noch auf den Streit darüber, ob für das Strafrecht ein eigenständiger Rechtswidrigkeitsbegriff anzunehmen ist, wenn es um Widerstand gegen eine Vollstreckungshandlung (insbesondere § 113 StGB) geht, hingewiesen (dazu z. B. Erb, FS Gössel, S. 217 ff.; LK/Rönau/Hohn, § 32 Rn. 116–128). Das Problem ist mit den Rechtskrafttheorien vergleichbar.

<sup>600</sup> Siehe oben B. Fn. 511.

<sup>601</sup> Siehe oben B. Fn. 575.

<sup>602</sup> Siehe oben B. Fn. 590.

<sup>603</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (573 ff.) mit Blick auf grundrechtliche Schutzpflichten.

<sup>604</sup> Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324.

<sup>605</sup> Zum Zusammenhang zwischen Gewaltmonopol und Abwesenheit des Staates unten D.II.4.c) cc)(4), S. 283 ff.

<sup>606</sup> Vgl. auch Arzt, FS Schaffstein, S. 77 (80).

### 5. Zusammenfassung

Am Ende der Darstellung des Meinungsstands in der Literatur lässt sich ein ähnliches Resümee wie nach der Rechtsprechungsübersicht ziehen. Die Wissenschaft konzentriert sich auf die angemessene Lösung einzelner Fallkonstellationen und achtet dabei weder auf parallel liegende Fälle noch auf verallgemeinerbare und in ihren Grundlagen hinreichend abgesicherte Ansätze. Daraus entsteht ein Gemisch unterschiedlicher Stellungnahmen zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren. Deutlich wurde jedoch, dass sich oft dieselben Fragen rund um Entscheidungskompetenzen, die Reichweite einer staatlichen Entscheidung, die Bedeutung eines förmlichen Verfahrens für ein materielles Interesse, die Konsequenzen staatlicher Untätigkeit und staatlichen Fehlverhaltens, die Auswirkungen tatsächlicher Hinderungsgründe bei der Verfahrenseinleitung usw. stellen. Wenn sich immer dieselben Fragen stellen, könnte es hilfreich sein, die Antworten auf ein gemeinsames Fundament zu stellen. Das ist Ziel dieser Arbeit.<sup>607</sup>

## IV. Forschungsbedarf

### 1. Ein Erklärungsversuch: das Notwehr-Problem der Notstandsdogmatik

Betrachtet man die vorstehend beschriebenen Stellungnahmen, so drängt sich die Vermutung auf, dass die Verwirrung in Literatur und Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen rechtfertigendem *Notstand* und staatlichen Verfahren zumindest auch daraus resultiert, dass häufig in Kategorien und Beispielen der *Notwehr* gedacht wird. Wie gesehen wird die vorliegende Problematik bereits bei der Erforderlichkeit der Notwehr diskutiert, und dies naturgemäß schon länger und ausführlicher als beim vergleichsweise „jungen“ Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB. Angesichts der ähnlichen Auslegung des Erforderlichkeitskriteriums der Notwehr und des Merkmals der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr bei § 34 StGB scheint es daher problemlos möglich, die Stellungnahmen zur Notwehr auch auf den rechtfertigenden Notstand zu übertragen. Weil in Notwehrfällen insbesondere aufgrund der zeitlich zugespitzten Lage hauptsächlich mit Raum- und Zeitkriterien wie „präsen- te Hilfe“, „Anwesenheit“,<sup>608</sup> „rechtzeitig erreichbare Hilfe“ usw. gearbeitet wird, übertragen viele diese Kriterien auf § 34 StGB und argumentieren auch hier der Abwesenheit oder

---

<sup>607</sup> Freilich ist dies allein noch keine wesentliche Neuerung. Insbesondere *Pawlik* verbindet im „Primat der Institutionen“ den Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen mit der Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren (*Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 ff., 218 ff.). Weiterhin behandelt z. B. auch *Meißner* die „geordneten Verfahren“ als Unterfall „vorweggenommener Entscheidungen“ (*Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248). Ähnliches lässt sich auch über *Roxin/Greco* sagen (*Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 51 ff.).

<sup>608</sup> Vorsichtig bzgl. der Wortwahl *Kühl*, AT, § 7 Rn. 120.

Nichterreichbarkeit staatlicher Hilfe, mit äußeren Hindernissen bei der Verfahrenseinleitung oder einer besonderen Eilbedürftigkeit. Dadurch hat man auch bei § 34 StGB das Beispiel des entweder vor Ort anwesenden, sich in der Querstraße aufhaltenden oder unerreichbar weit vom Ort des Geschehens entfernten Polizeibeamten vor Augen und versucht damit eine Abgrenzung zwischen *Notstand* und staatlichen Verfahren.<sup>609</sup>

Dieses Vorgehen ist jedoch für den rechtfertigenden Notstand ungeeignet.<sup>610</sup> Nicht nur, dass im rechtfertigenden Notstand das zeitliche Moment aufgrund des Merkmals der *Gefahr* im Vergleich zu § 32 StGB gestreckt ist; auch mit der Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter<sup>611</sup> und deren Einbeziehung auf Eingriffsseite unterscheidet sich der rechtfertigende Notstand wesentlich von der Notwehr.<sup>612</sup> Von der „Anwesenheit staatlicher Hilfe“ durch Vorhalten eines umweltbehördlichen Genehmigungsverfahrens oder durch insolvenzrechtliche Vorschriften zum Umgang mit Geldmangel zu reden, verlangt viel sprachliche und gedankliche Flexibilität. Die Überschreitung der Grenzwerte einer umweltbehördlichen Genehmigung lässt sich nicht durch einen Vergleich mit einem vor Ort oder drei Querstraßen entfernt patrouillierenden Polizisten lösen. Außerdem sind aufgrund der genannten Unterschiede beim rechtfertigenden Notstand die Fälle, in denen ein staatliches Verfahren aus *rechtlichen* Gründen *nicht* zur Abwehr der konkreten Gefahr führt, häufiger. Dass gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein individuelles Rechtsgut staatlicherseits aus Rechtsgründen nicht eingeschritten wird, ist schon wegen grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>613</sup> selten. Dass aber die (teilweise) Beeinträchtigung individueller oder kollektiver Interessen als Ergebnis einer Abwägung mit anderen individuellen oder kollektiven Interessen akzeptiert wird, also beispielsweise eine Erlaubnis zum Besitz von Betäubungsmitteln *rechtmäßig* versagt wird, ist nicht außergewöhnlich.

Das Denken in Notwehrkategorien und die Vorstellung des physisch anwesenden Polizisten als Anwendungsbeispiel für das Verhältnis zwischen Rechtfertigungsgrund und staatlicher Gefahrenabwehr führt mithin zu einer „kasuistischen Befangenheit“<sup>614</sup> bei der Beurteilung des Vorrangs staatlicher Verfahren beim Notstand. Dies mag eine, wenn auch nicht die einzige, Ursache für das verworrene Bild, das Rechtsprechung und Literatur zum Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB abgeben, sein.<sup>615</sup>

<sup>609</sup> Exemplarisch *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324.

<sup>610</sup> Ähnlich zur Notwehr *Lagodny*, GA 1991, 300 (310).

<sup>611</sup> Dazu unten C.IV.2.a)bb), S. 169 ff.

<sup>612</sup> MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 155 und 182 ff.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 77; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 23.

<sup>613</sup> Allgemein zu Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nur *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 S. 1, Rn. 41 ff. und 81 ff.

<sup>614</sup> Begriff bei *Küper*, FS E. A. Wolff, S. 285 (289) zur Ablehnung des Notrechts bei *Kant*.

<sup>615</sup> Zu weiteren Ursachen noch unten C.II.2.b)cc), S. 107 ff., C.II.3, S. 145 ff. und D.II.4.c)cc)(5), S. 287 ff.

*2. Ein Lösungsansatz*

Die Vielfalt unterschiedlicher, nicht selten im Vergleich zu anderen Entscheidungen und Stellungnahmen gegenläufiger oder auch schon in sich widersprüchlicher Herangehensweisen an das Thema dieser Arbeit ruft das Bedürfnis nach einer systematischen und an grundsätzlichen Wertungen orientierten, gleichzeitig aber auch die praktische Rechtsanwendung anleitenden Lösung hervor. Zur Befriedigung dieses Bedürfnisses will die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.



## C. Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands

### I. Einleitung

Nachdem das Problem des Vorrangs staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand und seine praktische Relevanz deutlich wurde, wendet sich die Untersuchung den Hintergründen des Themas zu. Dieses Kapitel beschäftigt sich mit der Theorie und Dogmatik des § 34 StGB. Es stellt dabei sowohl bzgl. der philosophischen Legitimation (sogleich II.) als auch hinsichtlich der Auslegung des § 34 StGB (unten III. und IV.) die Weichen für eine konstruktive Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen staatlichen Verfahren und rechtfertigendem Notstand.

### II. Theorie des rechtfertigenden Aggressivnotstands

#### 1. Einleitung

Nahezu jede tiefere Untersuchung zum rechtfertigenden Notstand betont die Außergewöhnlichkeit desselben. § 34 StGB weise „stark irreguläre Züge“<sup>1</sup> auf, nenniere ein „atypisches und prekäres Rechtsinstitut“<sup>2</sup>, habe „etwas sozusagen Unheimliches“ an sich, sei „gänzlich unorthodox“<sup>3</sup>, in einer Ordnung der Rechte „zunächst einmal ein Fremdkörper“<sup>4</sup> und stelle eine „begrenzte Ausnahme des Rechts von sich selbst“<sup>5</sup> dar. Gemeint ist Folgendes: Anders als z. B. bei der Notwehr richtet sich beim Aggressivnotstand<sup>6</sup> der Eingriff zur Abwehr der Notstandsgefahr gegen einen an der Notlage zunächst unbeteiligten Dritten. Liegen die Voraussetzungen des § 34 StGB vor, wird scheinbar sowohl die fragliche strafrechtliche Verbotsnorm als auch die Rechtsposition des Dritten zum Schutz höherrangiger Interessen relativiert.<sup>7</sup> Wie ist

---

<sup>1</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 1; vgl. auch Küper, JZ 2005, 105; mit Blick auf den demokratischen Wohlfahrtsstaat auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (63 f. und 67 mit Fn. 36).

<sup>2</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 29; vgl. auch Küper, JZ 2005, 105.

<sup>3</sup> Merkel, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (175); dort auch das vorstehende Zitat.

<sup>4</sup> Greco, ZStW 134 (2022), 1 (5).

<sup>5</sup> Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 121; zustimmend Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 29.

<sup>6</sup> Zum Defensivnotstand unten C.III, S. 157 ff.

<sup>7</sup> Statt vieler NK/Neumann, § 34 Rn. 5 ff.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 2 ff. und 14 ff.

dies zu legitimieren? Wieso bleibt es nicht bei der abstrakten Verteilung der Freiheitssphären und dem Verbot, in die Freiheit Unbeteiligter einzugreifen? Wieso muss sich das Eingriffsoffer diesen Übergriff gefallen lassen, obwohl es mit der Notlage nichts zu tun hat? Wie ist dies mit der Vorstellung subjektiver Rechte als „Brandmauern“<sup>8</sup> oder „politische Trümpfe“<sup>9</sup>, die von fremden Interessen unabhängig sind, vereinbar? Der sich um diese Fragen drehenden Diskussion und ihren Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren gehen die folgenden Ausführungen nach.

## 2. Die Binnenperspektive: zur philosophischen Legitimation des § 34 StGB

### a) Ausgangspunkt bei Kant und Hegel

#### aa) Immanuel Kant und das Notrecht als Unding

Auseinandersetzungen mit den Hintergründen des § 34 StGB beginnen meist bei *Immanuel Kant*.<sup>10</sup> Schon die systematische Einordnung des „Notrechts“ bei *Kant* bereitet die weitgehende Ablehnung eines solchen vor.<sup>11</sup> Im Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre erörtert er das „vermeinte Recht [...], im Fall der Gefahr des Verlusts meines eigenen Lebens, einem anderen, der mir nichts zu Leide tat, das Leben zu nehmen.“<sup>12</sup> *Kant* lehnt ein solches Recht ab. Es könne „keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig mache.“<sup>13</sup> Ein Notrecht wäre ein „Widerspruch der Rechtslehre mit sich selbst“<sup>14</sup> und ein „Unding“<sup>15</sup>. Scheide daher die Gesetzmäßigkeit einer solchen Tat nach dem objektiven Rechtsprinzip zwar aus, könne die Tat jedoch subjektiv „unstrafbar“ sein, weil das Strafgesetz seine psychologische Zwangswirkung verfehle.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 315.

<sup>9</sup> *Dworkin*, Taking rights seriously, S. xi: „Individual rights are political trumps held by individuals“.

<sup>10</sup> *Küper*, JZ 2005, 105 (108): Kant als „gleichsam natürliche[r] Ausgangspunkt jeder rechtsphilosophischen Beschäftigung mit den Legitimationsfragen des rechtfertigenden Notstandes“; siehe auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (3); zur Vorgeschichte z. B. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 72 ff.

<sup>11</sup> *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, S. 5 f.; *ders.*, FS E. A. Wolff, S. 285 (290); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 18; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 242.

<sup>12</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 343.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> *Kant*, Über den Gemeinspruch, S. 156.

<sup>16</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 343. Zur Interpretation der Inpunibilität siehe *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, S. 49 ff.; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 247.

Damit wird *Kant* jedenfalls nach herrschender Auslegung<sup>17</sup> zum vehementen Gegner<sup>18</sup> eines Notrechts als *Recht* im engeren Sinne.<sup>19</sup>

Freilich findet sich in dem kurzen Abschnitt über das „vermeinte“ Notrecht keine nähere Begründung für *Kants* ablehnende Haltung. Die Aussage, es könne keine Not geben, die das, was unrecht ist, gesetzmäßig macht, ist nicht mehr als eine *petitio principii*, kann doch eine unrechtmäßige Tat gerade deshalb nicht gesetzmäßig sein, weil sie bereits als unrechtmäßig beurteilt wurde.<sup>20</sup> Eine Begründung für *Kants* Ansicht findet sich aber bei Betrachtung seines Rechtsbegriffs.<sup>21</sup> „Recht ist [...] der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“<sup>22</sup> Der Begriff des Rechts betreffe „nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als *Facta* aufeinander (unmittelbar oder mittelbar) Einfluss haben können“,<sup>23</sup> nicht aber das Verhältnis der Willkür des einen auf den Wunsch oder das Bedürfnis des anderen. Die Menschen begegnen einander rechtlich also nur im Hinblick auf ihre äußere Handlungsfreiheit.<sup>24</sup> Dies führt zu *Kants* allgemeinem Rechtsgesetz: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen [kann].“<sup>25</sup> Wer hiergegen verstoße und andere an ihrem rechtmäßigen Freiheitsgebrauch hindere, handle unrecht.<sup>26</sup> *Diesem gegenüber* dürfe Zwang ausgeübt werden, um der Hinderung des legitimen Freiheitsgebrauchs zu widerstehen, weshalb „mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft“<sup>27</sup> sei.

Schon im soeben Referierten<sup>28</sup> zeigt sich der Grund für *Kants* Ablehnung eines Notrechts im engeren Sinne. Wenn das Recht lediglich die gleiche Verteilung von Freiheitsräumen zur Aufgabe hat, ist kein Platz für die Berücksichtigung zufälliger

<sup>17</sup> Zu einer anderen Interpretation unten C.II.2.d)aa)(1), S. 124 ff.

<sup>18</sup> Wenngleich *Kant* sich exemplarisch auf das „Brett des Carneades“ bezieht, wird das Notrecht ausnahmslos und nicht nur für die Konstellation des Lebensnotstands abgelehnt (*Küper*, FS E. A. Wolff, S. 285 (288)). Nichtsdestotrotz spricht, auch im Vergleich zum Diebstahl aus Hungersnot bei *Hegel* (dazu sogleich), einiges für eine „kasuistische Befangenheit“ *Kants* (so *Küper*, a. a. O., S. 294 f.).

<sup>19</sup> Nicht ausgeschlossen ist damit ein Notrecht als Recht im weiteren Sinne (*ius latum*; *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 341), vgl. *Küper*, *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*, S. 49 ff.

<sup>20</sup> *Küper*, *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*, S. 5; *ders.*, FS E. A. Wolff, S. 285 (289); *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 20.

<sup>21</sup> *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 18 ff.; *Schumann*, *Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat*, S. 247; vgl. auch *Küper*, *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*, S. 7 ff.; *ders.*, FS E. A. Wolff, S. 285 (290); *ders.*, JZ 2005, 105 (108 f.); *Meißner*, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34 StGB), S. 81 ff.

<sup>22</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 337.

<sup>23</sup> *Ebd.*

<sup>24</sup> *Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 79.

<sup>25</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 338.

<sup>26</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 337 f.

<sup>27</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 339.

<sup>28</sup> Weiterführend zu *Kants* Rechtsbegriff *Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit*, S. 79 ff.

Momente in der Wirklichkeit, die allein der Sphäre des Einzelnen zuzurechnen sind, wie etwa eine tatsächliche Notlage eines Menschen.<sup>29</sup> Für einen Rechtsbegriff, der allein auf das äußere Verhältnis zwischen der Willkür des einen und der Willkür des anderen abstellt, aber das Wohl oder die Bedürfnisse der Betroffenen nicht einbezieht, ist eine tatsächliche, durch den von einer möglichen Notstandshandlung beeinträchtigten Dritten nicht zurechenbar verursachte Not irrelevant. Zwang darf bei *Kant* nur gegen die Verhinderung des legitimen Freiheitsgebrauchs durch andere, die die Grenzen ihrer Freiheitssphäre überschreiten, geübt werden (Notwehr), nicht aber aufgrund einer bloß tatsächlichen Notlage, an deren Entstehung das Opfer unbeteiligt ist.<sup>30</sup> Diese Not hat nach dem Autonomiegedanken und dem Prinzip der Selbstverantwortung jedermann selbst zu tragen (*casum sentit dominus*).<sup>31</sup> Wer das Recht allein als Inbegriff der Regeln zur Abgrenzung äußerer Freiheitssphären versteht, kann eine rechtliche Befugnis, in einer Notlage auf die Sphäre anderer zuzugreifen, also nicht begründen.<sup>32</sup>

*bb) G. W. F. Hegel und das Dasein der Freiheit*

Die klassische Gegenposition nimmt *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts ein. Nach *Hegel* komme dem Leben „in der letzten Gefahr und in der Kollision mit dem rechtlichen Eigentum eines anderen“ ein „Notrecht (nicht als Billigkeit, sondern als Recht)“<sup>33</sup> zu. Im Fall des Diebstahls aus Hungersnot stehe „auf der einen Seite die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der anderen Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit“,<sup>34</sup> weshalb das Leben ein „wahrhaftes *Recht* gegen das formelle Recht“<sup>35</sup> habe. *Hegel* wendet sich hier unmittelbar gegen die Ablehnung des Notrechts durch *Kant* und bejaht im Gegensatz zu diesem eine rechtliche Eingriffsbefugnis in Notlagen.

Wenngleich *Hegel* mit dem Vergleich der beiden Daseinsformen der Freiheit (Leben und Eigentum) zumindest eine knappe Begründung seiner Ansicht liefert, klären sich auch hier die Hintergründe seiner Positionierung erst durch eine Betrachtung seines Rechtsbegriffs auf.<sup>36</sup> *Hegel* sucht in seiner Rechtsphilosophie, wie auch sonst, nach dem an und für sich Wahren, nach der Idee, in welcher der abstrakte

<sup>29</sup> *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 22; *Küper*, Immanuel Kant und das Brett des Carneades, S. 11; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 19f.; *ders.*, JRE 22 (2014), 137 (137f.); *Rösinger*, in: Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (136).

<sup>30</sup> *Küper*, FS E. A. Wolff, S. 285 (293).

<sup>31</sup> Dazu auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 17.

<sup>32</sup> Siehe aber unten C.II.2.d), S. 124 ff. zu solchen Versuchen.

<sup>33</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 127, dort auch das vorstehende Zitat.

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 127 N.

<sup>36</sup> Zur systematischen Bedeutung des § 127 der Grundlinien siehe *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 26f. und 80ff.; dort S. 83ff. auch zu einer Darstellung der Notstandslehre *Hegels* vor

Begriff und seine Wirklichkeit übereinstimmen.<sup>37</sup> Was die Rechtsphilosophie angeht, beschäftigt sich *Hegel* mit der Idee der Freiheit, die ihr Dasein im Recht finde.<sup>38</sup> Die Freiheit als Idee umfasse die beiden gegensätzlichen Momente des abstrakten Begriffs der Freiheit an sich, bei dem die Freiheit primär als formelle und negative Freiheit auftritt, und die reale Seite der Freiheit für sich, d. h. deren Verwirklichung im besonderen Individuum. Damit geht ein sehr weites Rechtsverständnis einher: So umfasst Recht im weiteren Sinne bei *Hegel* sowohl das abstrakte Recht, welches rein formal ausgestaltet und gegenüber den besonderen individuellen Interessen blind ist,<sup>39</sup> als auch das Gegenteil hierzu, die Moralität im Sinne eben dieser besonderen, materialen Bedürfnisse des Individuums<sup>40</sup> und vereint beide Momente auf der Ebene der Sittlichkeit, insbesondere im Staat als Wirklichkeit der konkreten Freiheit.<sup>41</sup> *Hegel* kommt es also nicht nur auf die formale Ermöglichung der Freiheit im Sinne *Kants*, sondern *auch* auf die Verwirklichung dieser Freiheit, d. h. auf die materiellen Bedingungen der Möglichkeit der Freiheit, an. Die abstrakte Freiheit an sich nützt dem Einzelnen nichts, wenn es an den materiellen Bedingungen zur Verwirklichung dieser Freiheit fehlt.<sup>42</sup> *Hegel* bleibt also nicht beim abstrakten, formellen Recht stehen, sondern erweitert diesen (abstrakten) Rechtsbegriff *Kants* um moralische und soziale Momente.<sup>43</sup> Jeder Bestandteil dieses Rechtsbegriffs ist nun eine Daseinsform der Freiheit, weshalb sie „auf gleicher Linie stehen, Rechte zu sein“<sup>44</sup> und deshalb auch in Kollision geraten können. Zu einer solchen Kollision der beiden Momente der Rechtsidee,<sup>45</sup> d. h. der verschiedenen Freiheitsgrade, kommt es in der Situation des Notrechts. Und weil *Hegel* in einer Kollision der konkreteren Stufe des Daseins der Freiheit den Vorrang für der abstrakteren gibt,<sup>46</sup> kommt dem Leben gegen das Eigentumsrecht ein echtes Notrecht zu.

### cc) Weitere Entwicklung und Schlussfolgerungen

Die Ansichten *Kants* und *Hegels* zum Notrecht sind wegweisend für die ihnen nachfolgende Diskussion, welche hier nicht in allen Einzelheiten wiedergegeben zu werden braucht.<sup>47</sup> Sie münden vereinfacht dargestellt in die heute unbestrittene und

---

dem Hintergrund des Systems der Grundlinien; siehe aber auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 90 ff.

<sup>37</sup> Siehe nur *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 1.

<sup>38</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 29.

<sup>39</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 37.

<sup>40</sup> Vgl. nur *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 33.

<sup>41</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 260.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 26 und 119.

<sup>43</sup> *Step*, in: ders. (Hrsg.), G. W. F. Hegel, S. 1 (14f.).

<sup>44</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 30.

<sup>45</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 127 N.

<sup>46</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 30.

<sup>47</sup> Zur Dogmengeschichte im Überblick *Küper*, JuS 1987, 81 ff.; umfassende Auswertung der älteren Literatur bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 ff.

auch dem StGB zugrunde liegende „Differenzierungstheorie“, welche das Notstandsproblem einerseits in der Tradition *Hegels* als Rechtfertigungs- (§ 34 StGB), andererseits mit *Kant* als Schuldproblem (§ 35 StGB) ansieht.<sup>48</sup> Die noch heute anhaltende Diskussion über die Legitimation des rechtfertigenden Notstands lässt sich nur mit Blick auf die soeben vorgestellten Aussagen durchdringen. Dass in § 34 StGB überhaupt ein Problem gesehen wird, liegt v. a. an der kantischen Denkweise der (deutschen) Rechtswissenschaft. § 34 StGB ist mit einem deontologischen und auf die Abgrenzung äußerer Freiheitssphären angelegten Rechtsdenken nur schwer in Einklang zu bringen. In gewisser Weise wird also seit (mindestens) 200 Jahren aus unterschiedlichen Richtungen versucht, das (spätestens) durch *Kant* hervorgerufene schlechte Gewissen der (deutschen) Rechtswissenschaft in Bezug auf § 34 StGB zu überwinden.<sup>49</sup>

Dabei zeigt die Gegenüberstellung der Ansichten *Kants* und *Hegels*, dass die Ablehnung oder Anerkennung eines Notrechts als Recht im engeren Sinne unmittelbar durch das jeweils zugrunde gelegte Rechtsverständnis bedingt ist. Wenn *Kant* ein Notrecht ablehnt und *Hegel* ein solches bejaht, dann liegt dies daran, dass *Kant* und *Hegel* eine unterschiedliche Auffassung von Recht haben. Aussagen zum rechtfertigenden Notstand hängen also eng mit solchen allgemeinen Prämissen – nicht nur zum Rechtsbegriff, sondern auch zum Staat usw. – ab.<sup>50</sup> Wer über den Notstand diskutiert, streitet also eigentlich über das richtige Verständnis von Recht und Staat.

## b) Prinzip der Interessenabwägung und Utilitarismus

### aa) Formal: Das Prinzip des überwiegenden Interesses

#### (1) Notstandstheorie bei Lenckner

In der weiteren Entwicklung wurde – ob zu Recht oder nicht – v. a. an *Hegel* angeknüpft<sup>51</sup> und der rechtfertigende Notstand als Ausdruck eines Prinzips der umfassenden Güter- oder Interessenabwägung verstanden. Im Umstand, dass *Hegel* im Lebensnotstand der unendlichen Verletzung des Daseins gegenüber der Verletzung

<sup>48</sup> Kühl, FS Lenckner, S. 143 (146 ff.); NK/Neumann, § 34 Rn. 1 ff.; gegen die Einordnung *Kants* als Vertreter der Entschuldigungslösung Küper, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, S. 47 ff.

<sup>49</sup> Vgl. etwa Greco, ZStW 134 (2022), 1 (12 und passim): „kant'sche Herausforderung“.

<sup>50</sup> Vgl. auch Helmerts, Möglichkeit und Inhalt eines Notrechtsrechts, S. 20 und passim.

<sup>51</sup> Auf den Zusammenhang zwischen *Hegel* und der Güter- und Interessenabwägung weisen z. B. hin: Grebing, GA 1979, 81 (81 mit Fn. 3); Greco, ZStW 134 (2022), 1 (6 mit Fn. 24); Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 250; Jakobs, AT, 13/1 mit Fn. 3; Jescheck/Weigend, AT, S. 354; Küper, JuS 1987, 81 (84); Lampe, NJW 1968, 88 (89); Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 42; Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 253. Mittlerweile wird teilweise versucht, *Hegel* diesbezüglich aus der Verantwortung zu nehmen und den Schritt von § 127 der Grundlinien zum Prinzip der Gesamtabwägung nicht ihm selbst, sondern einer fehlerhaften Interpretation durch seine Schüler anzulasten, siehe Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 94 ff., 118; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 101 f.

eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit das stärkere Gewicht einräumt, kann ein allgemeines Prinzip der Güterabwägung gesehen werden: In Notsituationen geht das Leben dem Eigentum als höherrangiges Gut vor.<sup>52</sup> Dieses Prinzip findet sich auch in der erstmaligen *rechtlichen* Anerkennung des Notstands als Rechtfertigungsgrund durch das Reichsgericht wieder<sup>53</sup> und wurde neben vielen anderen<sup>54</sup> noch heute einflussreich von *Theodor Lenckner* ausgearbeitet.<sup>55</sup>

*Lenckner* versteht den rechtfertigenden Notstand als Ausprägung des allgemeinen Prinzips, dass sich das Recht, wenn im Konfliktfall von mehreren berechtigten Interessen nur das eine oder das andere geschützt werden kann, immer für das höherrangige Interesse entscheide – „ein elementarer, aus sich selbst gerechtfertigter Grundsatz“<sup>56</sup>, der sich aus „der Natur der Sache“<sup>57</sup> ergebe. Welches Interesse im Einzelfall überwiegt, lasse sich durch eine umfassende Abwägung aller Umstände des konkreten Falles, also aller „positiven und negativen Vorzugstendenzen“<sup>58</sup> ermitteln. Diese Abwägung vorzunehmen, sei im Fall des rechtfertigenden Notstands Sache des Richters,<sup>59</sup> welcher zwar zunächst im positiven Recht nach Wertmaßstäben zu suchen

<sup>52</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 51.

<sup>53</sup> RGSt 61, 242 (254). Der Grad der Übereinstimmung zwischen Güterabwägungs- und Interessenabwägungslehre hängt vom zugrunde gelegten *Rechtsgutsverständnis* ab, vgl. *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 54f.; dort S. 59 auch zur weitgehenden Übereinstimmung des Reichsgerichts mit der Interessenabwägungslehre; siehe auch *ders.*, GA 1985, 295 (295–302); weiterhin *Grebing*, GA 1979, 79 (89); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (9); *Lee*, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 53 ff.; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 105; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 68; vgl. auch BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 10. Eine Anlehnung des Reichsgerichts an die mit der Güterabwägungstheorie konkurrierende Zwecktheorie behauptet *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929), 350 (377 ff.).

<sup>54</sup> Auswertung des älteren Schrifttums bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (5 ff.); *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 99 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 34 ff.; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 254 ff.

<sup>55</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 121 ff.; *ders.*, GA 1985, 295 (insbesondere 305 ff.); englische Version: *ders.*, Brigham Young University Law Review 1986, 645; vgl. auch *ders.*, GS Noll, S. 243 ff.; weitere Vertreter aus den letzten rund 50 Jahren: *Bergmann*, JuS 1989, 109 ff.; *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 57 ff.; *Grebing*, GA 1979, 79 (89); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 361; *Küper*, JuS 1971, 474 (beachte aber *ders.*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 60 und 63; *ders.*, JuS 1987, 81 (87): Solidaritätspflicht); *Lampe*, NJW 1968, 88 (92); *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 67; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 1; *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 174; *KKWiG/Rengier*, § 16 Rn. 1; *ders.*, Strafrecht AT, § 19 Rn. 1; *Roxin*, FS Oehler, S. 181 (183 f.); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 10; *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (385 und 392 ff., insbesondere 395 f.); *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 32; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 27, 79, 51.

<sup>56</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 84 (zur Zwecktheorie).

<sup>57</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 123; *ders.*, GA 1985, 295 (307).

<sup>58</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 90, anknüpfend an *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (92); vgl. auch *Küper*, GA 1983, 289 (295); *Lenckner*, GA 1985, 295 (299 ff., 308 ff.); *ders.*, GS Noll, S. 243 (248); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 22.

<sup>59</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 136 f.

habe,<sup>60</sup> dann jedoch „selbst nach bestem Wissen und Gewissen werten“<sup>61</sup> solle. Die Notstandsregelung stelle daher einen „Blankoscheck, dessen Ausfüllung der Gesetzgeber dem Richter überlassen muss“<sup>62</sup>, dar.

### (2) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren

Dieses Verständnis des rechtfertigenden Notstands als Ausdruck eines Prinzips der umfassenden Interessenabwägung hat für dessen Verhältnis zu staatlichen Verfahren eine wenig überraschende *methodische* Folge. Wenn im Notstand alles eine Frage der Interessenabwägung ist, liegt es nahe, auch staatliche Verfahren oder deren Vorrang als eine solche Abwägungsfrage anzusehen. Damit werden die „Bedeutung der Tat für die Rechtsordnung als Ganzes“ oder die Existenz und Verfügbarkeit staatlicher Verfahren zur Konfliktlösung zu *einem* Abwägungskriterium unter vielen.<sup>63</sup> Unmittelbare<sup>64</sup> *inhaltliche* Auswirkungen der Theorie auf den Vorrang staatlicher Verfahren auszumachen, fällt dagegen schwer. Mit dem von *Lenckner* propagierten Blankoscheck an den Richter sind der Phantasie zur Lösung des hier untersuchten Problems keine Grenzen gesetzt.

### (3) Kritik

Das zeigt bereits, dass es sich beim Prinzip des überwiegenden Interesses um einen rein formalen Grundsatz handelt, der auf materielle Gesichtspunkte sowohl bzgl. seines Grundes als auch bzgl. seiner Anwendung verzichtet.<sup>65</sup> Eben dies bietet Anlass zur Kritik.<sup>66</sup> Man bleibt eine materielle Begründung für die Maßgeblichkeit des überwiegenden Interesses schuldig. Es wird zwar gesagt, *dass* das höherrangige Interesse gegenüber dem geringerwertigen schützenswert sei, aber nicht, *wieso*.<sup>67</sup> V. a.

<sup>60</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 157 ff.

<sup>61</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 180.

<sup>62</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 206.

<sup>63</sup> Exemplarisch *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 51 ff.; für den Rechtsfrieden auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 113 ff., 128. *Lenckner* behandelt den Vorrang staatlicher Verfahren teilweise auch als Schutzwürdigkeitskriterium, siehe a. a. O., S. 76 ff., 122.

<sup>64</sup> Zu den bedeutsamen mittelbaren Auswirkungen unten C.II.2.b)cc(2), S. 112 ff.

<sup>65</sup> *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 249; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 63 ff. und passim; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 34 f.; *Rösinger*, in: *Papathanasiou et al.* (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (130). Das gestehen auch die Vertreter der Interessenabwägung ein, siehe *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 86 f., 120 und 128; *ders.*, GA 1985, 295 (306, 308 ff.); *ders.*, GS Noll, S. 243 (249); vgl. auch *Rudolphi*. GS Armin Kaufmann, S. 371 (391 ff.); siehe dazu auch *Gallas*, ZStW 80 (1968), 1 (23 ff.).

<sup>66</sup> Kritik insbesondere bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (11 ff.); *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 45 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 39 ff., insbesondere 49 f.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 34 ff., 199 ff.

<sup>67</sup> *Engländer*, GA 2010, 15 (18 f.); *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 249; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB),

gegenüber dem Opfer fehlt es an einer Legitimation. Aus dessen Sicht ist „die Tatsache, dass sein Interesse, gemessen an einem externen Wertmaßstab, geringerwertig ist als das geschützte Interesse, überhaupt kein Grund, die Verletzung seines Rechtes zu dulden.“<sup>68</sup> Das Prinzip der Interessenabwägung erklärt die *Rechte* des Eingriffsopfers zu bloßen *Interessen* und gibt sie einer freihändigen Abwägung preis.<sup>69</sup> Zudem ist die Gesamtabwägung unpraktikabel: Weil auch das Abwägungsergebnis selbst wieder als Abwägungsfaktor in die Abwägung eingestellt werden müsste, käme man zu einer unendlichen Abwägung.<sup>70</sup> Hinzu komme, so viele Stimmen in der Literatur, dass allein mit dem überwiegenden Interesse die positiv-rechtliche Regelung des § 34 StGB nicht erklärt werden könne.<sup>71</sup> Weshalb die Norm ein *wesentliches* Überwiegen des geschützten Interesses verlangt, bleibe ebenso unbeantwortet<sup>72</sup> wie der Grund für die anderen gesetzlichen Merkmale des § 34 StGB.<sup>73</sup> Überhaupt verliert das positive Recht an Relevanz: Die Verbindlichkeit abstrakt-genereller Rechtsnormen weicht im Interesse möglichst großer Einzelfallgerechtigkeit einer rein topischen Entscheidungsfindung.<sup>74</sup> Weitere, mit alledem vergleichbare Kritik ergibt sich nach einer Betrachtung des utilitaristischen Ansatzes.

## bb) Materiell: Utilitarismus und § 34 StGB

### (1) Utilitaristische Notstandstheorie

Einen dieses formale Prinzip auf den ersten Blick um materielle Gedanken ergänzenden Ansatz liefern Vertreter einer am Utilitarismus orientierten Legitimation des rechtfertigenden Notstands.<sup>75</sup> Trotz mancher Unterschiede im Detail beziehen sich

---

S. 54 ff., 105, 121 ff. und 127 ff.; Neumann, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, S. 155 (158 f.); Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 50; Renczkowski, *Notstand und Notwehr*, S. 13 ff. und 199 ff.; Rösinger, in: Paphanasiou et al. (Hrsg.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht*, S. 129 (130).

<sup>68</sup> Coca-Vila, *ZStW* 130 (2018), 959 (979).

<sup>69</sup> Vgl. Coca-Vila, *ZStW* 130 (2018), 959 (978 f.); Greco, *ZStW* 134 (2022), 1 (11 ff.); Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 138 f.; Rösinger, in: Paphanasiou et al. (Hrsg.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht*, S. 129 (130 f.).

<sup>70</sup> Renczkowski, *Notstand und Notwehr*, S. 38 f.; ebenso Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, S. 249.

<sup>71</sup> Meißner, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, S. 54; Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 138.

<sup>72</sup> Engländer, *GA* 2010, 15 (18); Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, S. 253; Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 270; Wilenmann, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, S. 196–197. Deshalb will Lenckner das Wesentlichkeitskriterium auch streichen (Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 150), während andere Vertreter dieses Ansatzes das Kriterium als bloße Kontrollklausel verstehen (exemplarisch Roxin/Greco, *AT I*, § 16 Rn. 89). Zum Problem noch unten C.IV.2.c), S. 184 ff.

<sup>73</sup> Meißner, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, S. 54 ff.

<sup>74</sup> Kritisch insoweit auch Coca-Vila, *ZStW* 130 (2018), 959 (977 ff.); Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, S. 249; Renczkowski, *Notstand und Notwehr*, S. 35 ff.

<sup>75</sup> Heute vertreten von Hruschka, *JuS* 1979, 385 (388); ders., *Strafrecht nach logisch-analytischer*

die meisten Vertreter einer utilitaristischen Notstandstheorie auf *Jeremy Bentham's* Prinzip der Nützlichkeit, also auf „that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question“<sup>76</sup>. Es gehe kurz gesagt um „das größte Glück der größten Zahl“.<sup>77</sup> Weil § 34 StGB eine Handlung (Eingriff in ein Rechtsgut) anhand ihrer Folgen (Erhaltung eines anderen Rechtsguts) beurteile, wohne dem rechtfertigenden Notstand ein konsequentialistisches Element inne.<sup>78</sup> Maßgeblich sei dabei der Nutzen für die Gemeinschaft: Richtig sei die Handlung, die den größten Nutzen für die größte Anzahl an Menschen bzw. für die Gesamtheit herbeiführe.<sup>79</sup> Die Verbindung aus Folgenorientierung und dem Prinzip der Maximierung des Gesamtnutzens führe zur Charakterisierung des rechtfertigenden Notstands als utilitaristisches Instrument.<sup>80</sup> Es komme, so wird gesagt, nicht auf die Interessen Einzelner, sondern auf die Summe aller Interessen als Einheit an.<sup>81</sup> Manche bemühen das Bild *Bentham's*, der die Gesellschaft mit einem Körper und die Einzelpersonen mit Gliedern desselben vergleicht.<sup>82</sup> So wie die Glieder eines Körpers keine eigenen Interessen hätten, sondern es nur ein Interesse des Körpers als Einheit gebe und es aus dessen Sicht auf die Maximierung des Gesamtnutzens bzw. die Minimierung des Gesamtverlusts ankomme, sei auch bei § 34 StGB die Sicht der Gesamtgesellschaft und der aus deren Sicht maximale Nutzen bzw. geringste Schaden maßgeblich.<sup>83</sup> „Die in einer Notsituation miteinander kollidierenden Interessen, die als Interessen der Einzelpersonen vom Utilitarismus ja gar nicht anerkannt sind, werden zusammengerechnet, und die Gemeinschaft wählt dann

---

Methode, S. 112 f.; siehe aber auch *ders.*, FS Dreher, S. 189 (209): Solidarität (dazu *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 51 f. mit Fn. 115); *Joerden*, GA 1991, 411 ff.; *ders.*, GA 1993, 245 (247 f.); *ders.*, in: HStrR II, § 39 Rn. 12 ff.; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 106 ff., 131 ff., 173 ff.; aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis etwa *Martin*, University of Cincinnati Law Review 73 (2005), 1527 (1537 ff.; 1554 ff.). Zum Zusammenhang zwischen Prinzip der Interessenabwägung und utilitaristischer Notstandstheorie siehe auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 89 mit Fn. 44: Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip; ebenso *ders.*, FS Lackner, S. 95 (111); vgl. weiterhin *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 38 ff.; *Meißner*, a. a. O., S. 158 ff. und passim; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 45 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 42; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 19 ff.

<sup>76</sup> *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, I.2.

<sup>77</sup> *Joerden*, in: HStrR II, § 39 Rn. 15.

<sup>78</sup> *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 107 und 173.

<sup>79</sup> *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 107 f. und 175 ff.

<sup>80</sup> *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 119.

<sup>81</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 112; *Joerden*, GA 1993, 245 (248).

<sup>82</sup> *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, I.4.

<sup>83</sup> *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 112 f.; a. A. *Joerden*, in: HStrR II § 39 Rn. 15 f.

zweckrationalerweise das „aufs Ganze gesehen“ „kleinere Übel“.<sup>84</sup> Andere stellen stattdessen auf die Perspektive der Gesamtrechtsordnung ab. Nur aus deren Sicht liege eine echte Not im Sinne zweier nicht gleichzeitig erfüllbarer Pflichten vor, weil sowohl gegenüber dem Täter als auch gegenüber dem Opfer eine Schutzpflicht bestehe.<sup>85</sup> Daher sei auch für die Auflösung der Not die Perspektive der Rechtsordnung und die Maximierung des Nutzens der Gesamtheit maßgeblich.

### (2) Auswirkung auf den Vorrang staatlicher Verfahren

Das Problem möglicherweise vorrangiger staatlicher Verfahren lösen die Vertreter dieser Ansicht an unterschiedlicher Stelle und mit verschiedenen Wertungen. Manche sehen staatliche Verfahren als einen Faktor der Interessenabwägung und ihren Vorrang als die sozialpragmatisch beste Lösung an, wobei zugleich eine folgenorientierte Relativierung dieses Vorrangs angedacht wird.<sup>86</sup> Andere verorten das Problem auf Ebene der Angemessenheitsklausel, die als regelutilitaristische Ergänzung der handlungsutilitaristischen Interessenabwägung verstanden wird.<sup>87</sup> In § 34 S. 2 StGB gehe es anders als in Satz 1 nicht um die konkreten Folgen der konkret in Frage stehenden Handlung, sondern um die hypothetischen Folgen einer hypothetisch allgemeinen Praxis dieser Handlung, und eine solche Praxis der Umgehung staatlicher Verfahren führe zu einer Gefährdung des Rechtsstaats<sup>88</sup> und mache ein geordnetes Zusammenleben unmöglich.<sup>89</sup> Der Vorrang staatlicher Verfahren hängt also zusammengefasst davon ab, ob er entweder im konkreten Fall oder allgemein einen größeren Nutzen verspricht.

### (3) Kritik

Die Kritik am utilitaristischen Ansatz zur Legitimation des § 34 StGB bewegt sich auf zwei Ebenen.<sup>90</sup> Zu unterscheiden sind Einwände gegen utilitaristische Strömungen der Moralphilosophie und die Kritik an der utilitaristischen Notstandstheorie. Es ist nämlich zweifelhaft, ob den utilitaristischen Notstandstheorien immer ein zutreffen-

<sup>84</sup> Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 113.

<sup>85</sup> Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 161 ff. und 179 ff.; kritisch hierzu Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 201.

<sup>86</sup> Insbesondere Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 224 und 248 ff.

<sup>87</sup> Joerden, GA 1991, 411 (414 ff.); ders., in: HStrR II, § 39 Rn. 63 ff.; kritisch hierzu Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 248 ff.

<sup>88</sup> Angedeutet bei Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 249.

<sup>89</sup> Joerden, GA 1991, 411 (424 f.); ders., in: HStrR II, § 39 Rn. 66 f.

<sup>90</sup> Kritik an der utilitaristischen Notstandstheorie insbesondere bei Greco, ZStW 134 (2022), 1 (11 ff.); Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 48 ff.; Merkel, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (178 ff. und 187 ff.); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 32–56, insbesondere 51 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 202–208.

des Verständnis „des“ Utilitarismus zugrunde liegt.<sup>91</sup> Bei *Bentham*, auf den man sich im Zusammenhang mit § 34 StGB oft bezieht, gehen die Individuen gerade *nicht* in der Gemeinschaft auf, sondern sie haben durchaus noch individuelle Interessen. Als Interesse der Gemeinschaft versteht *Bentham* nicht das Interesse der Gemeinschaft als Einheit, sondern „the sum of the interests of the several members who compose it.“<sup>92</sup> Von gegenteiligen Annahmen scheinen aber manche Vertreter der utilitaristischen Notstandstheorie auszugehen: Sie beziehen den Gesamtnutzen allein auf die Gemeinschaft,<sup>93</sup> die Rechtsordnung oder den Staat. Die Duldungs- und Aufopferungspflicht des Opfers bei § 34 StGB wird also allein in Bezug auf die Gemeinschaft und deren Gesamtnutzen gerechtfertigt, der Einzelne der Gemeinschaft untergeordnet und vergemeinschaftet.<sup>94</sup> Dies – und nicht (jedenfalls nicht im gleichen Umfang) der Utilitarismus selbst – ist eine kollektivistische Haltung.<sup>95</sup>

Trotz dieser Unterschiede<sup>96</sup> sind manche Einwände gegen den Utilitarismus als solchen auch vorliegend relevant. In der moralphilosophischen Diskussion wendet sich v. a. *John Rawls* gegen utilitaristische Ansichten. Der Utilitarismus nehme, so *Rawls*, die Verschiedenheit der einzelnen Menschen nicht ernst.<sup>97</sup> Es komme allein auf die Herstellung der größten Nutzensumme für die betroffene Gruppe an,<sup>98</sup> doch wie dieser Nutzen auf die einzelnen Mitglieder verteilt ist, sei irrelevant.<sup>99</sup> Nachteile des einen, etwa in Form von Freiheitsverletzungen, würden durch die größeren Vorteile anderer aufgewogen, und es gäbe keine Grenzen der Nutzenmaximierung, etwa durch unantastbare Freiheitsrechte.<sup>100</sup> Auch bestünden praktische Probleme: Die Bestimmung der Nutzensumme für die betroffene Gruppe setze erstens die genaue

<sup>91</sup> Über diese Zweifel erhaben ist *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 108 f., der selbst auf die Fehlinterpretation *Benthams* hinweist. Später nehmen aber Gesamtrechtsordnung und Gemeinwohl eine ähnliche Rolle ein, vgl. a. a. O., S. 161 ff., 176 ff.

<sup>92</sup> *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, I.4.

<sup>93</sup> Kritisch zu solchen „Fragen sozialer Ontologie“ in anderem Zusammenhang *Greco*, GA 2010, 622 (624); *ders.*, 2. FS Roxin, Band 1, S. 199 (209). *Joerden*, in: HStR II, § 39 Rn. 15 f. verzichtet auf ein solches Gesamtsubjekt.

<sup>94</sup> Zu kollektivistischen Theorien allgemein und den trotz seines individualistischen Ausgangspunkts feststellbaren kollektivistischen Zügen auch des Utilitarismus etwa *v. der Pfordten*, Rechtsethik, S. 283 ff. und 356 ff.; vgl. auch *ders.*, Normative Ethik, S. 26 f.

<sup>95</sup> Vgl. *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 92 mit Fn. 343; *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (11–13); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 39 f. und 48 ff.; *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (163 f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 33. Nimmt man die modifizierte Inbezugnahme *Benthams* ernst, zeigt sich zudem die staatstheoretisch fragwürdige Prämisse eines einheitlichen Staatskörpers als Organismus; dazu allgemein die Kritik bei *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 37 ff.

<sup>96</sup> Siehe auch *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 39 f. und 50 f.; *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (187); aus anderen Gründen auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 32 f.

<sup>97</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 45.

<sup>98</sup> Vgl. *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, I.2. und IV.5.

<sup>99</sup> Differenzierend hierzu *Höffe*, in: *ders.*, Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7 (46 f.).

<sup>100</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 44 f., 46 ff.

Messung des individuellen Nutzens und zweitens die Möglichkeit, den Nutzen des einen mit den Nachteilen des anderen zu vergleichen, voraus.<sup>101</sup> Beides sei jedoch nicht möglich.<sup>102</sup> Schließlich bleibe der Utilitarismus eine Letztbegründung schuldig, lasse also offen, *warum* die Nutzensumme überhaupt maximiert werden soll.<sup>103</sup> *Bentham* behauptet hier mehr als er begründet oder beweist.<sup>104</sup> Weshalb der Einzelne ein Interesse daran haben soll, den Gesamtnutzen zu maximieren und seine Freiheiten und Rechte zum Wohl anderer oder der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, bleibe fraglich, so *Rawls*.<sup>105</sup>

Jedenfalls diese drei Kritikpunkte setzen sich bei der utilitaristischen Notstandstheorie fort. Weil der Utilitarismus keine Begründung für die Folgenorientierung und Nutzenmaximierung liefert, kann er eine Letztbegründung des § 34 StGB ebenso wenig leisten wie das Prinzip der Interessenabwägung.<sup>106</sup> Was die Bemessung des individuellen Nutzens und den Nutzenvergleich angeht, führen die allgemeinen Probleme utilitaristischer Ansätze im Zusammenhang mit § 34 StGB zu einer hohen Unbestimmtheit desselben, insbesondere was die Bewertung der widerstreitenden Interessen betrifft.<sup>107</sup> Das zeigt sich auch beim Verhältnis zu staatlichen Verfahren: Wie soll etwa die Volksgesundheit im Rauschgiftkriminalitäts-Fall<sup>108</sup> mit der Ordnungs- und Friedensfunktion des Rechts oder dem Geltungsnutzen der Verfahrensnormen verglichen werden?<sup>109</sup> Und der Einwand, dass vom Utilitarismus die Nachteile des einen durch die Vorteile anderer aufgewogen werden, ohne dass hierbei Grenzen

<sup>101</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 111 ff., 355 ff., siehe auch ebd., S. 607; *ders.*, Politischer Liberalismus, S. 254; vgl. etwa auch *Höffe*, in: *ders.*, Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7 (42 ff.); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 37 VII.; differenzierend dagegen *Ellscheid*, in: *Hassamer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 143 (170 f.).

<sup>102</sup> Siehe auch die diffizile Berechnungsmethode bei *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, IV.

<sup>103</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 112.

<sup>104</sup> Siehe *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, I.11 ff.

<sup>105</sup> Vgl. *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 211 ff. Wenn dagegen *Joerden*, in: HStR II, § 39 Rn. 17 ff. versucht, das utilitaristische Modell mit *Rawls* zu begründen, übersieht er nicht nur, dass *Rawls* zur Zeit seiner Theorie der Gerechtigkeit einer der schärfsten Kritiker des Utilitarismus war und sich explizit damit auseinandersetzte, wieso hinter dem Schleier des Nichtwissens *keine* utilitaristischen Gerechtigkeitsgrundsätze gewählt würden (*Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 31 ff., 47 f., 176, 201 ff.), sondern legt den Beteiligten hinter dem Schleier des Nichtwissens zudem bereits eine utilitaristische Denkweise zugrunde, die es erst zu begründen gilt. Zu einem ähnlichen Missbrauch des Schleiers des Nichtwissens in der Triage-Diskussion kritisch *Coca-Vila*, GA 2021, 446 (454 f.).

<sup>106</sup> Vgl. *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (161).

<sup>107</sup> *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (194 f.); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 203; vgl. auch zur Interessenabwägungslehre *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 52 f.; *Rösinger*, in: *Papathanasiou et al.* (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (130).

<sup>108</sup> OLG München, NJW 1972, 2275.

<sup>109</sup> Vgl. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 249 f.; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41.

durch Freiheitsrechte bestehen, verstärkt sich im Zusammenhang mit utilitaristischen Notstandstheorien aufgrund der Abweichung von *Bentham* nochmals.<sup>110</sup> Stellt man beim rechtfertigenden Notstand auf eine gesellschaftliche Gesamtnutzenmaximierung ab, vernachlässigt dies die besonderen Interessen und v.a. die *Rechte* der Individuen und degradiert diese zu bloßen Bilanzposten der Gesamtgüterwirtschaft.<sup>111</sup> Das widerspricht der Vorstellung subjektiver Rechte, die gerade unabhängig von gesellschaftlichen Nützlichkeitsabwägungen oder den Bedürfnissen Dritter bestehen.<sup>112</sup> Der Einzelne wird im Interesse anderer instrumentalisiert<sup>113</sup> und – von der „utilitaristischen“ Notstandstheorie – im Interesse der Gemeinschaft kollektiviert.<sup>114</sup> Damit hängt zusammen, dass die utilitaristische Notstandstheorie keine Grenzen der Nutzenmaximierung begründen kann.<sup>115</sup> Wer dennoch unhaltbare Ergebnisse vermeiden will, muss den Ansatz externen Schranken wie bestimmten unabwägbaren Gütern o. ä. unterwerfen und setzt sich damit zur eigenen Grundhaltung in Widerspruch.<sup>116</sup> Dies führt mit Blick auf die Regelung des § 34 StGB zu einem schon gegen das formale Interessenabwägungsprinzip erhobenen Vorwurf: Die utilitaristische Deutung des § 34 StGB könne, so wird gesagt, dessen gesetzliche Merkmale, die einer bloßen Nutzenmaximierung Grenzen unterwerfen, nicht erklären.<sup>117</sup> Insbesondere das Wesentlichkeitserfordernis nach Satz 1 und die Angemessenheitsklausel nach Satz 2 würden der utilitaristischen Theorie widersprechen. Orientiere man sich am Gesamtnutzen, müsste schon jedes einfache Überwiegen ausreichen und sich die Notstandsregelung insgesamt auf eine schlichte Interessenabwägung beschränken.<sup>118</sup>

<sup>110</sup> Vgl. auch *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 50 f.

<sup>111</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 2; *ders.*, GA 2010, 15 (19); *ders.*, GA 2017, 242 (245); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (12 ff.); *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 253 f.; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 49 f.; *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (189); *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (161 f.); *ders.*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (588); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 42 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 205 f.; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 275 f.; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 12 (2018), 59 (65 f.); *Kühl*, FS Lenckner, S. 143 (154).

<sup>112</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (14); *Neumann*, JRE 2 (1994), 81 (87); *ders.*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (162 f.); *ders.*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (589); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 44 und 49.

<sup>113</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (12).

<sup>114</sup> Siehe oben C. Fn. 95.

<sup>115</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (13 ff.). Für ein Beispiel sei auf die Diskussion um die Triage verwiesen. Man lese nur *Hoven*, JZ 2020, 449 (451 ff.) einerseits und *Coca-Vila*, GA 2021, 446 (447 ff.) andererseits.

<sup>116</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (16); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 51; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 37 ff., 53 ff.; *ders.*, JRE 22 (2014), 137 (146 f.).

<sup>117</sup> Vgl. auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 137. Konsequenter lehnt z. B. *Martin* jede Einschränkung des utilitaristisch interpretierten Notstands ab, siehe *Martin*, University of Cincinnati Law Review 73 (2005), 1527 (1566 ff.).

<sup>118</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 2; *ders.*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 92; *ders.*,

## cc) Notstand als Brücke zwischen Recht und Moral/Kriminalpolitik

Trotz dieser Kritik sind die im Folgenden gemeinsam betrachteten Versuche, den rechtfertigenden Notstand über das Prinzip der Interessenabwägung oder „utilitaristisch“ zu legitimieren, in Rechtsprechung und Literatur sehr einflussreich. Analysiert man die strafrechtstheoretischen Prämissen dieses „utilitaristisch ausgerichteten Interessenabwägungsprinzips“, zeigt sich, dass dieses Prinzip eine (weitere<sup>119</sup>) Ursache der Verwirrung in Wissenschaft und Praxis bzgl. des Vorrangs staatlicher Verfahren bei § 34 StGB und zugleich Symptom eines generellen Gebrechens der Strafrechtswissenschaft ist.<sup>120</sup>

## (1) Von der Sozialschädlichkeit über die materielle Rechtswidrigkeit zur Gesamtabwägung und zurück

Bei der erstmaligen richterlichen Anerkennung des Notstands als übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund berief sich das Reichsgericht auf das mit dem Interessenabwägungsprinzip verwandte<sup>121</sup> Prinzip der Güterabwägung.<sup>122</sup> Der Zusammenhang zwischen diesem Prinzip und der Anerkennung des rechtfertigenden Notstands zeigt sich bei einem Blick auf die von *Franz von Liszt* geprägte Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit.<sup>123</sup> Formelle Rechtswidrigkeit bezeichne den Verstoß gegen ein positiv-rechtliches Ge- oder Verbot, während materielle Rechtswidrigkeit vorliege, wenn sich die Handlung als „gemeinschaftsschädliches (antisoziales oder doch asoziales) Verhalten“<sup>124</sup> darstellt oder „sich in ihr eine mit außerstrafrechtlichen Mitteln nicht hinreichend zu bekämpfende sozialschädliche Rechtsgüterverletzung ausdrückt“.<sup>125</sup> Die materielle Rechtswidrigkeit weise „über den Formalismus der Feststellung einer Normwidrigkeit hinaus auf den inneren Gehalt der rechtswidrigen Handlung“<sup>126</sup> hin. Folglich könne eine Tat auch dann materiell gerechtfertigt sein, wenn sie formell rechtswidrig ist. Das sei der Fall, wenn sie

---

GA 2010, 15 (19); *ders.*, GA 2017, 242 (244); differenzierend *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (16 ff); *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (190); *Neumann*, JRE 2 (1994), 81 (87); *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 23 und 196. Dass sich § 34 StGB nicht *insgesamt* utilitaristisch deuten lässt, gestehen auch manche Vertreter des utilitaristischen Ansatzes ein, siehe z. B. *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 184 ff.

<sup>119</sup> Siehe bereits oben B.IV.1, S. 89 f.

<sup>120</sup> Ähnliche Gedanken wie die folgenden finden sich bei *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 ff.

<sup>121</sup> Zu Überschneidungen mit der Interessenabwägungslehre siehe oben C. Fn. 53.

<sup>122</sup> RGSt 61, 242 (254).

<sup>123</sup> Grundlegend v. *Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 172 ff.; zur Dogmengeschichte ausführlich *Heinitz*, FS Eb. Schmidt, S. 266 ff.; heute vertreten von *Jescheck/Weigend*, AT, S. 234 ff. und 326; *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 4 ff.; vgl. auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 51 f.

<sup>124</sup> V. *Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 173.

<sup>125</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 4; vgl. auch ebd., § 7 Rn. 66.

<sup>126</sup> *Heinitz*, FS Eb. Schmidt, S. 266 (266 f.).

gegen den Tatbestand einer Strafnorm verstößt, aber „die Zwecke, die der Gesetzgeber mit der Aufstellung der Strafvorschrift erreichen wollte, im konkreten Fall hinter höherrangigen Interessen zurücktreten müssen.“<sup>127</sup> Folgt man dem, ist es nur ein kleiner Schritt von der materiellen Rechtswidrigkeit zur Rechtfertigung aufgrund überwiegender Interessen im Notstand. Die Entwicklung eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrunds des Notstands, der eine tatbestandsmäßige Handlung für nicht rechtswidrig erklärt, wenn sie ein höherwertiges Interesse schützt und daher nicht im Sinne der soeben angeführten Zitate *sozialschädlich*, sondern – in Worten des utilitaristisch geprägten Denkens – *sozial-nützlich* oder zumindest *neutral* ist, ist also nichts anderes als die Verwirklichung des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs.<sup>128</sup>

Wer von materieller Rechtswidrigkeit spricht, geht in aller Regel im Sinne eines materiellen Verbrechensbegriffs davon aus, dass das Strafrecht auf Rechtsgüterschutz,<sup>129</sup> die Bestrafung sozialschädlichen Verhaltens o. ä. ausgerichtet ist, was wiederum meist auf einem materiellen Strafbegriff, etwa im Sinne einer staatlichen Übelzufügung aufgrund einer besonderen Missbilligung des Verhaltens<sup>130</sup> aufbaut. Zusammenfassend: Das Prinzip der Gesamtabwägung beim rechtfertigenden Notstand beruht auf dem materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff, welcher auf einem materiellen Verbrechens- und dieser wiederum auf einem materiellen Strafbegriff fußt. Oder umgekehrt und vereinfacht: Weil nur sozialschädliches Verhalten bestraft werden darf, muss sozial-nützlich oder jedenfalls nicht-sozialschädliches Verhalten gerechtfertigt werden, und dies wird durch den rechtfertigenden Notstand als Verwirklichung des sozialnützlichen Prinzips der Güter- bzw. Interessenabwägung erreicht.<sup>131</sup> Der so verstandene Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB ermöglicht es, nur solches Verhalten zu *bestrafen*, das aus Sicht des materiellen Verbrechensbegriffs auch für *strafwürdig* erachtet wird. § 34 StGB wird damit – und hierauf kommt es an – zur Brücke zwischen Strafrecht und Kriminalpolitik bzw., wenn man den An-

<sup>127</sup> Jescheck/Weigend, AT, S. 235.

<sup>128</sup> Vgl. auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (10); Heinitz, FS Eb. Schmidt, S. 266 (268 ff.); Jescheck/Weigend, AT, S. 235; Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 282; Küper, JuS 1987, 81 (82 f.); ders., JZ 2005, 105 (106); Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 51; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 29 f.; Roxin/Greco, AT I, § 14 Rn. 9; Eb. Schmidt, ZStW 49 (1929), 350 (355).

<sup>129</sup> Statt aller Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 1.

<sup>130</sup> Siehe nur Hörnle, HStrR I, § 12 Rn. 21; kritisch etwa Gärditz, Der Staat 49 (2010), 331 (353 ff.); Überblick zu den v. a. im anglo-amerikanischen Rechtsraum vertretenen Extremansichten diesbezüglich bei Chiao, in: Flanders/Hoskins (Hrsg.), The New Philosophy of Criminal Law, S. 19 ff.

<sup>131</sup> Der Zusammenhang wird besonders deutlich bei Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 51 ff. und 134 ff.; siehe auch Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 4 f., 10 ff. Meißner will im Ausgangspunkt zwar die Unsicherheiten der formalen Interessenabwägungslehre überwinden und eine Auslegung vermeiden, „die in einem demokratischen System mit kanalisierter Entscheidungsfindung für Eingriffsbefugnisse die Kompetenzen unvertretbar verschiebt“ (a. a. O., S. 46), ersetzt diese aber im Ergebnis durch eigene Vorstellungen darüber „ob die Strafe bei einem bestimmten Verhalten ethisch und rechtlich sachgerecht begründet werden kann, ob also das Verhalten strafwürdig im formalen Sinne ist.“ (a. a. O., S. 135).

spruch erhebt, auf kriminalpolitischer Ebene anhand moralischer, beispielsweise utilitaristischer Gerechtigkeitsnormen zu urteilen, zur Brücke zwischen Strafrecht und Moral.<sup>132</sup> Taten, die aus kriminalpolitischer oder moralischer Sicht richtig bzw. gerechtfertigt sind, verwirklichen dadurch auch positiv-rechtlich kein Unrecht.

Dies zeigte sich bereits in der Rechtsprechungsübersicht des vorherigen Kapitels. Nicht selten fungierte dort der rechtfertigende Notstand als Werkzeug, um Taten, die nicht für strafwürdig gehalten wurden, als gerechtfertigt und daher straflos zu beurteilen. Man denke etwa an den Bilgenentöler-Fall, in welchem das LG Bremen sich den Vorwurf gefallen lassen muss, stark vom Ergebnis her zu argumentieren.<sup>133</sup> Auch in den Entscheidungen zu den Klimaprotesten, beispielsweise beim Urteil des AG Flensburg,<sup>134</sup> wird deutlich, dass das von den Gerichten (klima-)politisch für wünschenswert erachtete Ergebnis durch § 34 StGB erzielt werden soll. Der Strafrichter wird hier selbst zum Klimaaktivisten<sup>135</sup> und macht dem Gesetzgeber Konkurrenz.<sup>136</sup> Auch in der Literatur findet sich ein solches Verständnis des § 34 StGB als Brücke zwischen Recht und Politik oder Moral, wenn z. B. *Roxin* schreibt: „Mit den Rechtfertigungsgründen [...] dringt die Dynamik sozialer Veränderungen in die Verbrechenslehre ein.“<sup>137</sup> Der rechtfertigende Notstand stelle ein „Hilfsmittel lebensdienlicher Sozialgestaltung“<sup>138</sup> dar, mit welchem vermieden werden könne, dass Taten, die (nach welchem Maßstab auch immer) für das Gemeinwohl förderlich sind, strafbares Unrecht darstellen. Auch im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird aus Sicht einer radikal-utilitaristischen Notstandstheorie von *Shaun P. Martin* auf Grundlage eines tiefen Misstrauens gegen den Staat und die staatliche Rechtsordnung das revolutionäre Potenzial und die radikale Natur des Notstands hervorgehoben.<sup>139</sup> Der rechtfertigende Notstand fülle Lücken zwischen staatlichem Recht und den Ansichten des Volkes, indem moralisch erwünschtes Verhalten auch rechtlich erlaubt werde, und ermögliche dadurch eine Popular-Kontrolle der Legislative.<sup>140</sup> Wenngleich nicht alle Vertreter des utilitaristischen Prinzips der Interessenabwägung oder verwandter Ansätze dies derart offen legen wie *Roxin* und *Martin*, ist das Verständnis des rechtfertigenden Notstands als Brücke zwischen Recht und Moral oder Kriminalpolitik samt den daraus resultierenden Konsequenzen in Rechtsprechung und Literatur keine Seltenheit.<sup>141</sup>

<sup>132</sup> Mit einem weiten Verständnis von Kriminalpolitik und Moral ist beides austauschbar; zu *Roxins* Verständnis von Kriminalpolitik *Pawlik*, *Unrecht des Bürgers*, S. 50.

<sup>133</sup> LG Bremen, NStZ 1982, 164, m. Anm. *Möhrenschlager*.

<sup>134</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris.

<sup>135</sup> Vgl. *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114): bedenklicher richterlicher Aktionismus. Vgl. auch die Analyse bei *Kubicjel*, JZ 2024, 167 ff.

<sup>136</sup> Vgl. *Amelung*, NJW 1977, 833 (836).

<sup>137</sup> *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, S. 24.

<sup>138</sup> *Roxin*, JuS 1976, 505 (510).

<sup>139</sup> *Martin*, *University of Cincinnati Law Review* 73 (2005), 1527 (1543 ff. und 1566 ff.).

<sup>140</sup> *Martin*, *University of Cincinnati Law Review* 73 (2005), 1527 (1540 ff., 1547 und 1570).

<sup>141</sup> Exemplarisch neben den bereits Zitierten auch *Keller*, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 282 ff.: § 34 StGB folge dem Programm der materialen Gerechtigkeit (S. 285) bzw. relativiere das formale Recht zugunsten materialer Gerechtigkeit (S. 287). Deutlich auch bei *Eb*.

Eine Auseinandersetzung mit jeder einzelnen Prämisse dieser Brückenfunktion des Notstands ist für hiesige Zwecke nicht erforderlich.<sup>142</sup> Ein materieller Strafbegriff mag ebenso seine Berechtigung haben wie ein materieller Verbrechensbegriff, und formell rechtswidriges Verhalten für nicht materiell rechtswidrig zu beurteilen kann u. U. eine wichtige kritische Funktion gegenüber der positiv-rechtlichen Strafgesetzgebung erfüllen. Bedenklich und abzulehnen ist jedoch der letzte Schritt: die Übertragung des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs auf das formelle Strafrecht durch den rechtfertigenden Notstand. Dieses Vorgehen, das § 34 StGB als Vehikel zur Verrechtlichung moralischer oder kriminalpolitischer Überlegungen ge- bzw. missbraucht, ist verschiedenen Einwänden ausgesetzt, die später noch ausführlich beschrieben und hergeleitet werden.<sup>143</sup> An dieser Stelle genügen einige knappe Hinweise. Durch das auf dem materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff aufbauende utilitaristisch orientierte Prinzip der Interessenabwägung bei § 34 StGB wird die kriminalpolitische und moralische Ebene mit der positiv-rechtlichen vermischt, Strafwürdigkeit mit Strafbarkeit gleichgesetzt und damit die Entscheidungskompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zugunsten der privaten kriminalpolitischen oder moralischen Ansicht des jeweiligen Rechtsanwenders oder Notstandstäters umgangen.<sup>144</sup> Man erleidet damit, weil es auf politisch-moralischer Ebene an universell gültigen und für jedermann einsehbaren Normen fehlt, außerdem einen Verlust an Allgemeinverbindlichkeit.<sup>145</sup> Die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit setzt voraus, dass man an die Existenz und Erkennbarkeit von unabhängig vom Dafürhalten des Subjekts geltenden Werten glaubt,<sup>146</sup> und dies entspricht nicht der hier vertretenen Ansicht.<sup>147</sup> Damit entfernt sich dieses Verständnis des rechtfertigenden Notstands zudem von *Franz von Liszts* Auffassung über die materiellen Rechtswidrigkeit, wonach zwar Widersprüche zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit denkbar, aber nicht vom Richter zu lösen seien: „Die Korrektur des Rechts liegt jenseits der Grenzen seiner Aufgabe.“<sup>148</sup> Schließlich verstrickt man sich mit der beschriebenen Brückenfunktion des Notstands in Widersprüche: Kern des materiellen

---

*Schmidt*, ZStW 49 (1929), 350 (374f.). Vgl. für den anglo-amerikanischen Rechtsraum die *kritischen* Ausführungen bei *Berman*, Duke Law Journal 53 (2003), 1 (11–18); *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 ff.; *Thorburn*, in: Duff/Green (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, S. 21 (29).

<sup>142</sup> Kritisch zur materiellen Rechtswidrigkeit Schönke/Schröder/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 50; *Fischer*, Vor § 13 Rn. 43; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 30.

<sup>143</sup> Siehe unten D.II.3.b), S. 216 ff.

<sup>144</sup> Ähnliche Gedanken in vergleichbaren Zusammenhängen bei *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *Arzt*, FS Rehberg, S. 25 (28); LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 30; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (659); vgl. weiterhin auch *Jescheck/Weigend*, AT, S. 235; zur allgemeinen Tendenz Schönke/Schröder/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 22; nicht überzeugender Versuch einer Antikritik bei *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 10 ff.

<sup>145</sup> Zum Problem auch *Heinitz*, FS Eb. Schmidt, S. 266 (283 ff.), wengleich mit abweichender Ansicht.

<sup>146</sup> *Heinitz*, FS Eb. Schmidt, S. 266 (287).

<sup>147</sup> Zum hier vertretenen Werterelativismus unten D.II.3.b), S. 216 ff.

<sup>148</sup> *V. Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 174.

Verbrechensbegriffs ist oft – nicht notwendig, aber häufig – die Rechtsgutslehre, welche sich aller Unterschiede im Einzelnen zum Trotz gegen die Bestrafung „bloßer Moralwidrigkeiten“ wendet.<sup>149</sup> Wer nun jedoch mithilfe des § 34 StGB sicherstellen will, dass auf der Seite des Notstandstäters *nicht* sozialschädliches Verhalten, d. h. eine Tat, die *nicht* gegen eine politisch-moralische (z. B. utilitaristische) Norm verstößt, *nicht* bestraft wird, bestraft auf der Seite des sich u. U. gegen die Notstandstat zur Wehr setzenden Eingriffsopfers, dem infolge der Notstandsrechtfertigung des Täters eine Rechtfertigung versagt wird, letztlich genau dies: ein Verhalten, das sich gegen die moralisch wertvolle Handlung des Täters richtet und selbst moralwidrig ist. Kommt es zur Gegenwehr des Eingriffsopfers, verwirklichen sowohl Täter als auch Opfer einen Straftatbestand, und die Rechtfertigung der einen oder anderen Seite hängt lediglich davon ab, welche Tat mit welcher politischen oder moralischen Norm, die über § 34 StGB ins positive Recht eingespeist wird, übereinstimmt. In Fällen, in denen sich beispielsweise Teilnehmer an Klimaprotesten auf eine Straße festkleben, aber von erbosten Autofahrern gewaltsam entfernt werden,<sup>150</sup> oder sich der durch nachts in seinen Betrieb einsteigende Tierschützer aufgeschreckte Landwirt gewaltsam gegen die Eindringlinge zur Wehr setzt,<sup>151</sup> entscheidet nach dem Verständnis des § 34 StGB als Brücke zwischen Recht und Moral/Politik letztlich die klima- oder tierschutzpolitische Haltung des jeweiligen Strafrichters darüber, welche Seite die „des Unrechts“ ist.<sup>152</sup> In den erwähnten Fällen wurde oft *für* eine Rechtfertigung der Notstandstäter votiert.<sup>153</sup> Wie aber fiel die Entscheidung aus, wenn die Aktionen einen politisch (mit Recht) weniger anschlussfähigen Hintergrund hätten und z. B. die auf der Straße festgeklebten Aktivisten nicht für mehr Klimaschutz, sondern für weniger Flüchtlingsunterkünfte protestierten?<sup>154</sup>

Die Verrechtlichung des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs über den rechtfertigenden Notstand ist mithin abzulehnen. Nicht jedes aus moralischer oder kriminalpolitischer Sicht begrüßenswerte bzw. für die Gemeinschaft förderliche Verhalten ist auch strafrechtlich gerechtfertigt, und nicht jedes strafrechtlich gerechtfertigte Verhalten ist moralisch richtig.<sup>155</sup> Innerhalb des (straf-)rechtlichen Rahmens hat vielmehr nur die formelle Rechtswidrigkeit Platz.<sup>156</sup>

<sup>149</sup> Exemplarisch *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 17 ff.

<sup>150</sup> Zum Problem *Erb*, NStZ 2023, 577 (582 ff.); *Mitsch*, JZ, 2023, 230 ff.; *Preuß*, NVZ 2023, 60 (73).

<sup>151</sup> So im Tierschützer-Fall II, siehe oben B.II.3.a)bb), S. 29 ff.

<sup>152</sup> Ähnlich *Kubiciel*, JZ 2024, 167 (171 ff.).

<sup>153</sup> Siehe oben B.II.3.a)bb), S. 29 ff. und B.III.3.b)aa)(2), S. 66 ff.

<sup>154</sup> Vgl. in ähnlichen Zusammenhängen auch *Erb*, NStZ 2023, 577 (584); *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 (38).

<sup>155</sup> Vgl. auch *Berman*, Duke Law Journal 53 (2003), 1 (11 ff.) mit anschaulichen Beispielen.

<sup>156</sup> Siehe auch *v. Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 174.

## (2) Problematische Problemumkehr

Das utilitaristisch ausgerichtete Interessenabwägungsprinzip mit seinen soeben aufgezeigten Prämissen ist außerdem einer der Gründe dafür, dass das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren in Rechtsprechung und Literatur verbreitet als weniger problematisch angesehen wird, als es ist, und die im vorherigen Kapitel gezeigte Verwirrung und Rechtsunsicherheit besteht. Will man nur solche Taten bestrafen, die (nach der sich jeweils zur Beurteilung berufen fühlenden Ansicht) *materiell* rechtswidrig sind und all jene Taten rechtfertigen, die aufgrund der Verwirklichung höherwertiger Interessen sozial nützlich und daher materiell rechtmäßig sind, wird § 34 StGB, über den all dies erreicht werden soll, nicht nur zur *lex generalis* für alle anderen Rechtfertigungsgründe,<sup>157</sup> sondern zur Grundnorm des gesamten Strafrechts, wenn nicht der ganzen Rechtsordnung.<sup>158</sup> Es ist der rechtfertigende Notstand, in welchem die Ansichten ganzer Generationen von traditionell gesetzgebungskritischen<sup>159</sup> Strafrechtswissenschaftlern kulminieren und welcher verspricht, diese kritischen Ansichten zu verrechtlichen und sie damit aus ihrer Abhängigkeit vom Gehör des Gesetzgebers zu befreien. Damit ist nicht mehr das Notrecht selbst, sondern es sind alle anderen Regeln der Rechtsordnung, beispielsweise die Straftatbestände des Besonderen Teils, aber auch die Regeln zur staatlichen Gefahrenabwehr, rechtfertigungsbedürftig.<sup>160</sup> Die gesetzlichen Straftatbestände stehen der

<sup>157</sup> Vgl. etwa *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 48; als Vertreter der monistischen Lehre exemplarisch *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (393); *Schmidhäuser*, FS Lackner, S. 77 (87 ff.); andererseits eingehend auch zur Einwilligung und Pflichtenkollision *Lenckner*, GA 1985, 295 (302 ff.); siehe auch *MüKoStGB/Schlehofer*, Vor § 32 Rn. 58 ff.; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 32 ff.; aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis *Alexander*, Law and Philosophy 24 (2005), 611 (611 f.); dagegen etwa *Lesch*, FS Dahs, S. 81 ff.

<sup>158</sup> Vgl. auch *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 41.

<sup>159</sup> Vgl. nur *Hörnle*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, S. 1265 (1266).

<sup>160</sup> Der Streit um den Verbrechensaufbau und die damit zusammenhängende Frage des Verhältnisses zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene braucht hier nicht vertieft zu werden. Das vorliegende Forschungsinteresse richtet sich auf das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren, nicht auf das zwischen § 34 StGB und gesetzlichen Straftatbeständen. Im Unterschied zu den Straftatbeständen beinhalten die staatlichen Verfahrensregeln kein ausdrückliches Verbot privater Handlungen, begründen also kein – in Worten der h. M. – bedingtes Unrechtsurteil oder Unrechtsindiz. Aus staatlichen Zuständigkeitsvorschriften folgt nicht die Unzuständigkeit des Bürgers, weil dieser anders als der Staat für seine Handlungen keiner Ermächtigung bedarf (Art. 2 Abs. 1 GG im Unterschied zum Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage aufgrund Art. 20 Abs. 3 GG; ähnlicher Gedanke bei *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 313 ff.). Die in dieser Untersuchung erzielten Ergebnisse dürften unabhängig vom Verbrechensaufbau anschlussfähig sein. Zum dreistufigen Verbrechensaufbau der h. M. jeweils m. w. N. *Schönke/Schröder/Eisele*, Vor §§ 13 ff. Rn. 18; *Jakobs*, AT, 6/54 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 244 ff.; *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 19 ff.; anders die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, z. B. *MüKoStGB/Freund*, Vor § 13 Rn. 216; im Ergebnis ähnlich *Schmidhäuser*, FS Lackner, S. 77 (87 ff.); differenzierend *LK/Rönnau*, Vor §§ 13 ff. Rn. 12 ff.; zum Ganzen auch *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 124–160. Hinzuweisen ist allerdings noch darauf, dass aus Sicht des utilitaristischen Modells wohl die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen vertreten werden müsste. Wer mit den Rechtfertigungsgründen sicherstellen will, dass Verhaltensweisen, die schadensmindernd wirken, nicht bestraft werden, kann keinen Unterschied zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit

Anwendung des materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffs genau genommen im Weg. Sie sind für die Beurteilung eines Verhaltens als *materiell* rechtswidrig hinderlich und können bestenfalls als unverbindliche Empfehlung eines von vornherein in Misskredit stehenden Gesetzgebers oder als Faustregel darüber, welche Verhaltensweisen strafbar und strafwürdig sein *könnten*, fungieren, die beim kleinsten Zweifel an der Strafwürdigkeit einer Tat dem freien Ermessen des Rechtsanwenders in Ausfüllung des „Blankoschecks“ des rechtfertigenden Notstands<sup>161</sup> preisgegeben sind.<sup>162</sup> Dann ist Recht „nicht mehr, was die neben § 34 StGB noch bestehenden Gesetze vorschreiben, sondern was die Gerichte als zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter erforderlich bestätigen.“<sup>163</sup> Was staatliche Gefahrenabwehr angeht, ist nicht eine mögliche Umgehung staatlicher Verfahren durch § 34 StGB problematisch, sondern das staatliche Verfahren selbst stellt u. U. einen Hinderungsgrund bei der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit dar und wird bereitwillig einer umfassenden Interessenabwägung geopfert. Konsequenterweise dürfte es im Anschluss an die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit einen *Vorrang* staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand gar nicht geben. Aus Sicht der wie auch immer definierten materiellen Gerechtigkeit ist irrelevant, auf welchem Weg (Notstand oder staatliches Verfahren) und von welcher Stelle (privat oder staatlich) ein bestimmtes Ergebnis herbeigeführt wird, solange dieses nur mit materiellen Gerechtigkeitsnormen übereinstimmt.<sup>164</sup> Es käme weder auf das positive Vorliegen einer staatlichen Entscheidung noch auf die Zuständigkeit einer bestimmten Instanz zur Vornahme einer Maßnahme oder auf die Art und Weise ihrer Durchführung, sondern allein auf die Übereinstimmung des Ergebnisses mit der materiellen Rechtslage oder der „materiellen Gerechtigkeit“ an. Sollte sich die verfahrensmäßig erzielte Situation aus Sicht des Rechtsanwenders als nicht gerecht erweisen, schließt § 34 StGB diese Lücke.<sup>165</sup> Damit ist es nicht § 34

machen, sondern muss „rechtlich erlaubt“ mit „verboten, aber gerechtfertigt“ gleichsetzen; ähnlich auch die Darstellung aus dem anglo-amerikanischen Raum bei *Thorburn*, *Yale Law Journal* 117 (2008), 1070 (1086 ff.).

<sup>161</sup> Nochmals *Lenckner*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 206.

<sup>162</sup> Vgl. auch *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 219. Im Unterschied zu der dem Tatbestand von der h. M. zugeschriebenen Indizwirkung bzgl. der Rechtswidrigkeit (kritisch zur Begrifflichkeit *Schmidhäuser*, FS Lackner, S. 77 (81 ff.)) würde man also nicht davon ausgehen, dass die Erfüllung des Straftatbestands hinreichende Bedingung für die Bewertung als Unrecht ist (*Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, S. 157), sondern notwendig wäre immer noch eine Einzelfallabwägung.

<sup>163</sup> *Lübbe-Wolff*, ZParl 11 (1980), 110 (112) in Auseinandersetzung mit BGH NJW 1977, 2172f.; siehe auch im Zusammenhang mit einer Kritik am formalen Interessenabwägungsprinzip *Meißner*, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34 StGB), S. 46.

<sup>164</sup> Der Gedanke ist inspiriert von *Thorburn*, *Yale Law Journal* 117 (2008), 1070 (1072 und 1093 f.); vgl. auch *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (70); *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 109; in ähnlichem Zusammenhang auch *Lübbe-Wolff*, ZParl 11 (1980), 110 (113). Daraus folgt im Übrigen, dass aus Sicht der materiellen Rechtswidrigkeit konsequenterweise jedes Erfordernis eines subjektive Rechtfertigungselement abzulehnen wäre, denn die soziale Nützlichkeit oder Schädlichkeit eines Verhaltens hängen nicht von der Kenntnis o. ä. des Täters ab; siehe nur die Diskussion bei *Thorburn*, a. a. O., S. 1088 f.; *Alexander*, *Law and Philosophy* 24 (2005), 611 (626 ff.); allgemein zum Problem in Deutschland *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 94 ff. m. w. N.

<sup>165</sup> Vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91); das zeigt sich auch bei *Zabel*, KJ 2022, 269 (279).

StGB, sondern es sind die übrigen Normen der Gesamtrechtsordnung, die „irreguläre Züge“<sup>166</sup> aufweisen. Kurzum: Der rechtfertigende Notstand ist nicht das Problem, sondern die Lösung. Wie solche und ähnliche Annahmen inhaltlich zu beurteilen sind, kann an dieser Stelle noch nicht entschieden werden, doch erklärt all dies den großzügigen und uneinheitlichen Umgang in Rechtsprechung und Teilen der Literatur mit § 34 StGB und dessen Verhältnis zu staatlichen Verfahren.<sup>167</sup>

Diese Problemumkehr infolge der Verschmelzung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit in § 34 StGB gilt es rückgängig zu machen. Erstens stellen gesetzliche Straftatbestände ebenso wie Regeln zur staatlichen Gefahrenabwehr positivrechtliche Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers und nicht gegenüber einer freihändigen Interessenabwägung des Rechtsanwenders oder Notstandstäters offene Empfehlungen dar.<sup>168</sup> Zweitens liegt § 34 StGB mit diesen Entscheidungen auf derselben Ebene. Er ist keine Ausnahme<sup>169</sup> vom Recht zugunsten

<sup>166</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 1.

<sup>167</sup> Genau besehen lässt sich all dies auch als positiv-rechtliche Reformulierung der moralphilosophischen Auseinandersetzung mit dem Utilitarismus bei Rawls darstellen (insbesondere Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, S. 46–52). Dieser arbeitet u. a. heraus, dass im utilitaristischen Denken das Gute (verstanden als Bedürfnisbefriedigung) und das Rechte unabhängig voneinander bestimmt würden, und dass das Rechte nur der Maximierung des Guten diene; es bestehe ein Vorrang des Guten vor dem Rechten. Die gegenteilige Vorstellung eines Vorrangs der Gerechtigkeit vor der Mehrung des gesellschaftlichen Wohls werde vom Utilitarismus zur gesellschaftlich nützlichen Einbildung erklärt (a. a. O., S. 46 f.). Gerechtigkeitsvorschriften gelten daher aus utilitaristischer Sicht nur, weil aus ihrer Befolgung größerer gesellschaftlicher Nutzen entsteht. Dem stellt Rawls seine Theorie der Gerechtigkeit als Fairness gegenüber, nach der ein (echter, nicht nur eingebildeter) Vorrang des Rechten vor dem Guten gilt (a. a. O., S. 50; vgl. auch ebd. S. 607). Was Rawls an der Stelle zunächst auf individuelle Freiheiten bezieht, wird später auch mit Blick auf Verteilungsverfahren und Institutionen deutlich (a. a. O., S. 109 f.). Auch für die Beurteilung einer Güterverteilung hat ein Utilitarist einen vom Verteilungsverfahren unabhängigen Maßstab (den der größtmöglichen Nutzensumme), und die Institutionen (zum Begriff a. a. O., S. 74 ff.) sind nur „mehr oder weniger unvollkommene Einrichtungen zur Erreichung dieses Zieles“ (a. a. O., S. 110). Beides lässt sich auf das hier interessierende Verhältnis zwischen staatlichen Verfahren und § 34 StGB übertragen: Staatliche Verfahren stellen nach utilitaristischer Lesart nur *einen* Weg zur Erzielung eines *unabhängig* von ihnen bestimmten „guten“ Ergebnisses dar. Lässt sich dieses Ergebnis anderweitig besser erreichen, braucht es die Verfahren nicht – das Rechte muss dem Guten weichen. Ähnliches erkannte man auch schon früh in Auseinandersetzung mit dem Gütererhaltungsgedanken, siehe Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 37 mit Fn. 35 m. N.

<sup>168</sup> Vgl. auch Jakobs, AT 13/36 zum Vorrang staatlicher Verfahren.

<sup>169</sup> Ohne die Diskussion hier zu vertiefen (dazu aus anderer Perspektive noch unten D.II.4.c)cc) (3), S. 280 ff.), sollte man sich von der Vorstellung, § 34 StGB stelle eine *Ausnahme* dar, insgesamt lösen (aus diversen Gründen kritisch Helmers, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 18; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 132 ff.; Schmidhäuser, FS Lackner, S. 77 (83 f.); vgl. auch Thorburn, Yale Law Journal 117 (2008), 1070 (1080)). Wer den rechtfertigenden Notstand als Ausnahme vom Recht versteht, läuft Gefahr, Anleihen bei der heute einhellig abgelehnten Exemptions-theorie Johann Gottlieb Fichtes zu nehmen (Fichte, Grundlage des Naturrechts, S. 247; dazu weiterführend Renzikowski, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 13 (25 ff.); Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 249 f.) oder zumindest hinter die heute herrschende Differenzierungstheorie zugunsten einer ausschließlich entschuldigenden Wirkung des Notstands zurück zu gehen (zur Entwicklung nochmals Küper, JuS 1987, 81 (83 ff.)). Dann wäre im nächsten Schritt fraglich, in welchem Bezugsrahmen man sich mit dieser Ausnahme

der Moral und kein Einfallstor kriminalpolitischer Strafwürdigkeitsüberlegungen ins Recht,<sup>170</sup> sondern ebenfalls Ausdruck einer gesetzgeberischen Entscheidung, im Fall der erforderlichen Verteidigung gegen eine gegenwärtige Gefahr den Verstoß gegen einen Straftatbestand zu rechtfertigen, wenn ein höherwertiges Interesse erhalten wird. Der rechtfertigende Notstand steht nicht außer- oder oberhalb des Rechts, sondern ist Teil der Rechtsordnung.<sup>171</sup> Es handelt sich weder begrifflich (infolge der Positivierung) noch hierarchisch (infolge der Ablehnung der Brückenfunktion) um einen *über-gesetzlichen* Rechtfertigungsgrund,<sup>172</sup> der andere Regelungen zugunsten der kriminalpolitischen oder moralischen Haltung der Rechtsanwender ergänzen oder korrigieren kann. Daraus ergibt sich drittens die Notwendigkeit, den rechtfertigenden Notstand als Teil der Rechtsordnung mit eben dieser in Einklang zu bringen.<sup>173</sup> Bei Vorliegen einer Notstandsgefahr ist fraglich, wer darüber entscheidet, ob und wie dieser Gefahr begegnet wird, und wer diese Entscheidung auf welche Art und Weise durchsetzt.<sup>174</sup> So wird aus einem vertikalen Problem zwischen Recht und Gerechtigkeit ein horizontales Problem innerhalb des Rechts. Dieses Problem für das Verhältnis zu staatlichen Verfahren zu lösen, bezweckt die vorliegende Arbeit.<sup>175</sup>

bewegt, und man käme, da der rechtliche Rahmen *insgesamt* verlassen wurde, fast zwangsläufig dazu, sich im politisch-moralischen Raum aufzuhalten. Die *rechtfertigende* Wirkung des Notstands schließt es aber aus, ihn als Ausnahme vom Recht zu verstehen. Überhaupt kann das Recht nie eine echte Ausnahme *von sich selbst* machen (so aber für § 34 StGB bekanntlich *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 121), sondern nur Ausnahmen zu konkreten Regeln festlegen. Auch im Bereich einer rechtlichen Ausnahme bleibt man im rechtlichen Bezugsrahmen, die Ausnahme ist noch immer nach rechtlichen Kriterien zu beurteilen und die Beurteilung hat immer den Anspruch, verallgemeinerbar zu sein. Die Ausnahme-vom-Recht-These ist daher abzulehnen. In § 34 StGB eine Ausnahme *von einer konkreten Strafnorm* zu sehen, die zur Wiederherstellung der durch den Straftatbestand eingeschränkten Handlungsfreiheit führt, ist damit nicht ausgeschlossen.

<sup>170</sup> Vgl. auch *Stübinger*, ZStW 123 (2011), 403 (417 f. und 436 f.).

<sup>171</sup> Ähnlich *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 191 f.: Notstand als intrasystematischer Rechtfertigungsgrund. Das bezieht sich aber v. a. auf das Verhältnis zwischen Rechtfertigungsgrund und Ge- oder Verbot, nicht in derselben Weise wie hier auf das Verhältnis zwischen Rechtfertigungsgrund und Gesamtrechtsordnung. Zu intra- und extrasystematischen Rechtfertigungsgründen auch *Hruschka*, FS Dreher, S. 189 ff.

<sup>172</sup> Hinweis auf die „übergesetzliche Interessenabwägung“ bei *Arzt*, FS Rehberg, S. 25 (29); für gewisse „übergesetzliche“ Maßstäbe z. B. auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 147 f.; siehe auch *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929), 350 (370 ff.).

<sup>173</sup> Vgl. auch *Geilen*, JZ 1975, 380 (384).

<sup>174</sup> Ähnlicher Gedanke bei *Thorburn*, Yale Law Journal 117 (2008), 1070 (1082 ff., 1094 ff., 1110 ff.; 1125 ff.); *ders.*, in: Duff/Green (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, S. 21 (32 ff.); vgl. auch auch *Fletcher*, University of Pittsburgh Law Review 57 (1996), 553 (569 ff.); *Y. Lee*, Criminal Law and Philosophy 3 (2009), 133 (142); *Nourse*, University of Pennsylvania Law Review 151 (2003), 1691 (1710 ff.); ähnlich auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 f. und *passim*.

<sup>175</sup> Zuletzt noch ein Hinweis zu den Auswirkungen der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit: Wird im Sinne eines extrem materiellen Verbrechens- und Strafbegriffs das Strafrecht als Instrument zur Durchsetzung *moralischer* Normen verstanden, d. h. als Antwort auf ein moralisches Fehlverhalten (vgl. zu entsprechenden Strömungen im anglo-amerikanischen Rechtskreis im Überblick *Hörnle*, GA 2023, 1 (3 f.)), unterscheidet sich das Strafrecht *qualitativ* von anderen rechtlichen Institutionen. Darin liegt ein weiterer Grund für das bzgl. des vorliegenden Themas mangelnde Problembewusstsein. Die Notwendigkeit, § 34 StGB mit der Gesamtrechtsordnung in Einklang zu

## (3) Ergebnis und Übergang

Als im Jahr 1968 über die Positivierung des bis dahin übergesetzlichen rechtfertigenden Notstands diskutiert wurde, verwies *Wilhelm Gallas* auf die politischen Gefahren, die damit verbunden wären: „Angesichts der Abneigung des Zeitgeistes gegen alle auf Generalisierung und Formalismus beruhende Strenge des Rechts lägen in der Versetzung eines bislang für Ausnahmefälle entwickelten allgemeinen Prinzips in die sozusagen alltägliche Atmosphäre einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift sowie in dem unvermeidlich vagen Inhalt einer solchen Bestimmung eine nicht zu unterschätzende Versuchung für den Richter, bei der Beurteilung von Notstandsfällen vermeintlich sozial gebotene Entscheidungen auf Kosten des Freiheitsspielraums des Verletzten und der Autorität der Rechtsordnung zu treffen.“<sup>176</sup> Dieser Versuchung, die sich genau besehen auf die von *Kant* gegen das Notrecht vorgebrachten Argumente stützt, erliegen die Vertreter utilitaristisch ausgerichteten Interessenabwägungsprinzips. Dem will das hier entwickelte Konzept zum Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB Einhaltung gebieten, ohne sich aber gegen ein kodifiziertes Notrecht auszusprechen.

Damit kann zur Legitimationsdiskussion zurückgekehrt und zum nächsten Abschnitt übergeleitet werden. Infolge einer Modifikation in *Hegels* Rechtsphilosophie versteht *Pawlik* das Notrecht als Auflösung des Konflikts zwischen abstraktem Recht und Moralität auf Ebene des rechtsetzenden Staates<sup>177</sup> und liegt damit im Ausgangspunkt auf einer Linie mit der soeben an utilitaristischen Ansätzen und dem Prinzip der Interessenabwägung geübten Kritik.<sup>178</sup> Dass aber auch *Pawliks* Konzeption gewichtigen Einwänden ausgesetzt ist, wird sich sogleich ergeben.

## c) Repräsentationsansatz im Anschluss an Hegel

## aa) Notstandstheorie bei Pawlik

Eine Notstandstheorie, die „die Alternative „*Kant* oder Utilitarismus“ aufbricht“,<sup>179</sup> entwickelt *Michael Pawlik* in Auseinandersetzung mit *Hegels* Rechts- und Staatsphi-

bringen, zeigt sich besser, wenn man das Strafrecht nicht als autonomes System, sondern als Teil dieser Gesamtrechtsordnung und Werkzeug zur Durchsetzung *rechtlicher* Regeln ansieht (so allgemein etwa *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (37 ff.); *Gärditz*, *Staat und Strafrechtspflege*, S. 46 ff.; *ders.*, *JZ* 2016, 641 (642); ähnlich auch *Thorburn*, *University of Toronto Law Journal* 70 (2020), 44 (48 f., 56 f.); vgl. auch *Nourse*, *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2003), 1691 ff.). Dadurch verschiebt sich erneut die Legitimationsfrage, denn wichtig ist weniger, wie das Strafrecht und die Strafe als solche zu legitimieren sind, sondern ob die mithilfe des Strafrechts *durchgesetzte Norm legitim* ist. Zu alledem auch *Chiao*, in: *Flanders/Hoskins* (Hrsg.), *The New Philosophy of Criminal Law*, S. 19 ff.; *Thorburn*, in: *Duff/Green* (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 (21 ff., 32 ff. und insbesondere 37 ff.); *ders.*, *University of Toronto Law Journal* 70 (2020), 44 (62 f.).

<sup>176</sup> *Gallas*, *ZStW* 80 (1968), 1 (24).

<sup>177</sup> *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 105 ff.

<sup>178</sup> *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (68 f.).

<sup>179</sup> *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 124.

losophie.<sup>180</sup> Ausgangspunkt ist wie bei *Hegel* der Gedanke der Freiheit als Selbstgesetzgebung: Jede Pflicht, also auch die Duldungs- und Aufopferungspflicht des Eingriffsadressaten beim rechtfertigenden Notstand, müsse als Ausprägung der Autonomie der Person zu begründen sein.<sup>181</sup> Anders als die sich auf *Kant* berufende liberale Tradition, welche Freiheit nur als negative Freiheit vor Eingriffen in die eigene Rechtssphäre versteht und ein Notrecht als einen solchen Eingriff wie gesehen ablehnt, will *Pawlik* mit *Hegel* auch die materiellen Bedingungen der Möglichkeit *realer* Freiheit berücksichtigen, damit von der kantischen Freiheit in der Wirklichkeit auch Gebrauch gemacht werden kann.<sup>182</sup> Diese Verwirklichung der Freiheit des Einzelnen verlange eine institutionelle Ordnung allgemeiner Freiheit.<sup>183</sup> Zur Herstellung und Aufrechterhaltung dieser Ordnung bestünden positive (institutionelle) Mitwirkungspflichten der Bürger,<sup>184</sup> und auch die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand lasse sich als eine solche (nun: quasi-institutionelle) Mitwirkungspflicht auffassen.<sup>185</sup>

In Notsituationen kollidierten, so *Pawlik*, die beiden Momente des Rechts (im Sinne *Hegels*), d. h. das abstrakte Recht und die Moralität, und müssten durch ein Notrecht zu einem Ausgleich gebracht werden.<sup>186</sup> Während *Hegel* diesen Ausgleich auf Ebene der Moralität verortet, will *Pawlik* den Konflikt erst auf der Ebene der Sittlichkeit, genauer: im Staat, auflösen.<sup>187</sup> Erst im Staat würden das abstrakte Recht und das Recht auf Wohl im Sinne der Moralität *aufgehoben*. Die Aufopferungspflicht im Notstand sei daher eine sittliche und staatsbürgerliche Pflicht.<sup>188</sup> Das Opfer habe den Eingriff aufgrund seiner Bürgerpflicht zur Mitwirkung an der Aufrechterhaltung

<sup>180</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 80 ff.; vgl. auch *ders.*, JRE 22 (2014), 137 (152 ff.) und zu § 323c StGB bereits *ders.*, GA 1995, 360 ff.; ähnliche Ansätze bei *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 260–263; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 82 ff., passim; v. *der Pfordten*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 103 (112); *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 125 ff. und 144 ff.; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 12 (2018), 59 (66); *ders.*, ZStW 130 (2018), 959 (981); *ders.*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (67 ff.); *Thorburn*, Yale Law Journal 117 (2008), 1070 (1125 ff.). Ähnlich wohl auch *Frisch*, GA 2016, 121 ff. (127 f.), wobei nicht zwischen Repräsentationsansatz und Solidaritätsprinzip unterschieden wird und sich andere Äußerungen *Frischs* eher diesem statt jenem zuordnen lassen, siehe *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (439).

<sup>181</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 12; ebenso *Frisch*, GA 2016, 121.

<sup>182</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 119 ff.; ebenso *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 261; siehe auch *Seelmann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 35 (46 f.).

<sup>183</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 14.

<sup>184</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 25.

<sup>185</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 122 ff.

<sup>186</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 26 und 95.

<sup>187</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 105 ff.; dem folgend *Renzikowski*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 13 (30); ebenso schon *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 92 ff.; anders *Perdomo-Torres*, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 32: Ebene des abstrakten Rechts.

<sup>188</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 112.

eines Systems realer Freiheiten zu dulden.<sup>189</sup> Zwar sei primär der Staat zur Gefahrenabwehr berufen und der Bürger erfülle seine Mitwirkungspflicht grundsätzlich allein durch die Zahlung von Steuern und die Finanzierung staatlicher Institutionen.<sup>190</sup> In Notlagen reiche dieser allgemeine Beitrag aber nicht aus, weil die staatlichen Institutionen nicht rechtzeitig handeln könnten. Um auch in diesen Fällen für Sicherheit zu sorgen, werde der einzelne Bürger herangezogen, welcher als Repräsentant der Allgemeinheit bzw. als „eine Art Durchlaufstation“<sup>191</sup> anzusehen sei und mit der Duldung des Notstandeingriffs eine quasi-institutionelle Pflicht erfülle.<sup>192</sup> Diese Pflichterfüllung im Staat könne mit *Hegel* als Ausdruck von Selbstbestimmung und verwirklichter Freiheit verstanden werden.<sup>193</sup>

Damit entsteht im Ergebnis eine Dreiecksbeziehung.<sup>194</sup> Das Eingriffsoffer bei § 34 StGB muss sich den Eingriff durch den Notstandstäter aufgrund seiner Pflicht gegenüber dem Staat und der Gemeinschaft zur Mitwirkung an der Aufrechterhaltung des Systems realer Freiheit gefallen lassen und wird so zum „Verwaltungshelfer“ des gegenüber dem Notstandstäter zum Schutz verpflichteten Staates.<sup>195</sup> *Pawlik* deutet den rechtfertigenden Notstand mithin als eine Art abgekürzte Lieferung: Rechtlich relevante Beziehungen bestehen primär in zwischen dem sich in Not befindlichen Täter und dem Staat auf der einen und zwischen dem Staat und dem Eingriffsoffer auf der anderen Seite.<sup>196</sup> Weil der Staat als „Schuldner“ des Notstandstäters und „Gläubiger“

<sup>189</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 180; ähnlich *Frisch*, GA 2016, 121 (128 ff.).

<sup>190</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 120 f. und 180; *ders.*, JRE 22 (2014), 137 (155); ebenso *Frisch*, GA 2016, 121 (128 f.).

<sup>191</sup> *Pawlik*, JRE 22 (2014), 137 (155).

<sup>192</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 122 ff.; *ders.*, JRE 22 (2014), 137 (155); zu § 323c StGB auch *ders.*, GA 1995, 360 (364–366); ebenso *Frisch*, GA 2016, 121 (128 f.); *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 262; bzgl. des Notstandstäters ähnlich aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis *Thorburn*, Yale Law Journal 112 (2008), 1070 (1125 ff.).

<sup>193</sup> Siehe z. B. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 149 und § 261.

<sup>194</sup> Vgl. *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (172); *ders.*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (590); NK/*ders.*, § 34 Rn. 9c; anschaulich *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 262; teils a. A. *Kühnbach*, Solidaritätspflichtigen Unbeteiligter, S. 80 f.

<sup>195</sup> Vgl. *Pawlik*, GA 1995, 360 (364) zu § 323c StGB; vgl. auch *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 262; *Maihold*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 131 (146).

<sup>196</sup> Nimmt man den hegelschen Ausgangspunkt bei *Pawlik* ernst, ist diese Deutung möglicherweise zu eindimensional. Bei *Hegel* liegt dem Staat u. a. die sich in der bürgerlichen Gesellschaft bildende horizontale Abhängigkeitsbeziehung zwischen den einzelnen Bürgern zugrunde (*Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 255), weshalb die Pflichtenbeziehungen innerhalb des Staates nicht nur vertikal verstanden werden können. Auch *Pawlik* selbst wehrt sich gegen das Verständnis, die Notstandspflicht bestehe „eigentlich“ dem Staat gegenüber (*Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 112; vgl. auch *Kühnbach*, Solidaritätspflichtigen Unbeteiligter, S. 80 f., 105 mit Fn. 377 und S. 142). Allerdings wird das Opfer bei *Pawlik* als *Repräsentant der Gemeinschaft* herangezogen (*Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 123), schuldet also gerade dieser Gemeinschaft und nicht unmittelbar dem Täter etwas. Sowohl bei *Hegel* als auch bei *Pawlik* liegt jedenfalls der Schwerpunkt in vertikalen Pflichten gegenüber dem Staat (siehe etwa *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des

des Eingriffsadressaten in der konkreten Notstandslage aber nicht verfügbar ist, wird ein Zuwendungsverhältnis zwischen Täter und Opfer konstruiert, kraft dessen das Opfer seine Pflicht gegenüber dem Staat ausnahmsweise unmittelbar gegenüber dem Notstandstäter erfüllen muss und dieser die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht ausnahmsweise unmittelbar vom konkreten Eingriffsoffer als Repräsentant der Allgemeinheit einfordern darf. Die Verwirklichung von Duldungspflicht und Eingriffsbefugnis bei § 34 StGB erfüllt also einerseits die Pflicht des Staates zum Schutz des Notstandstäters und andererseits die Pflicht des Eingriffsoffers zur Mitwirkung an diesem (staatlichen) Schutz.

*bb) Auswirkung auf den Vorrang staatlicher Verfahren*

Weil für Pawlik der Staat die richtige Ebene zur Auflösung des Konflikts zwischen abstraktem Recht und besonderem Wohl ist und der Notstandspflichtige lediglich als Repräsentant der Gemeinschaft fungiert, gilt ein vergleichsweise strenger Vorrang staatlicher Verfahren bzw. Primat staatlicher Institutionen.<sup>197</sup> Für den rechtfertigenden Notstand sei kein Raum, wenn der Umgang mit der Gefahr staatlich institutionalisiert ist, weil die staatlich formierte Sittlichkeit nicht durch privat-freihändige Notbekämpfung unterlaufen werden dürfe.<sup>198</sup> Soweit ein staatliches Verfahren zur Konfliktlösung existiert und das dieses Verfahren normierende staatliche Recht die konkret-situative Notlage in seine Regelung einbezieht, bestehe kein Widerspruch zwischen abstraktem Recht und den besonderen Umständen des Einzelfalls, d. h. zwischen den beiden Momenten des Rechts im Sinne Hegels.<sup>199</sup> Hier fehle es an einem Notstandskonflikt.<sup>200</sup> Pawlik sieht im Vorrangproblem also hauptsächlich ein Problem der Regelungs- und Entscheidungskompetenz. „Wo der parlamentarische Gesetzgeber ein spezifisches Verfahren zum Umgang mit der betreffenden Notlage zur Verfügung gestellt hat und es in concreto tatsächlich möglich ist, sich dieses Verfahrens zu bedienen, [...] kommt der einzelnen Privatperson eine rechtlich relevante Beurteilungskompetenz nicht mehr zu.“<sup>201</sup> Daher gelte ein Primat der Institutionen,

---

Rechts, § 261; deutlich auch bei Pawlik, GA 1995, 360 (364 ff.)), weshalb die horizontale Dimension vernachlässigbar erscheint (vgl. auch Neumann, ZStW 116 (2004), 751). Für einen hegelianischen Ansatz mit Blick auf private Rettungspflichten, in der beide Dimensionen gleichberechtigt nebeneinanderstehen, siehe Heyman, Vanderbilt Law Review 47 (1994), 673 (724 ff., 730 ff.). Laut Greco, ZStW 134 (2022), 1 (28 mit Fn. 136) wird die Unterscheidung zwischen Pflichten gegenüber dem Staat und dem Opfer bei Pawlik insgesamt obsolet. Demnach handelte es sich beim Notstandskonflikt um einen Konflikt der Gemeinschaft mit sich selbst. So gesehen stellt die hier vorgenommene Einordnung bereits eine Übersetzung von Pawliks Ansatz in das hier zugrunde liegende Verständnis von Staat und Gesellschaft dar.

<sup>197</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 218 ff.; ders., ZStW 114 (2002), 259 (269 f. und 289); ders., JRE 22 (2014), 137 (156); Frisch, GA 2016, 121 (129 mit Fn. 40).

<sup>198</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 112.

<sup>199</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 180.

<sup>200</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

<sup>201</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 183.

der die rechtlich geforderte Solidarität gegen die Möglichkeit einer freihändigen Interessenmaximierung immunisiere.<sup>202</sup>

Ausnahmsweise bestehe aber Raum für § 34 StGB, wenn die institutionelle Aufhebung des Konflikts zwischen abstraktem Recht und besonderem Wohl aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls unbefriedigend ausfällt: „Die Freiheit, die der *formelle* Rechtsstaat *immer* gewährt, kann angesichts der Umstände des *Einzelfalls* gegenüber der Forderung nach *realer*, nicht nur auf dem Papier stehender Freiheit als so defizitär erscheinen, dass ein einzelner Bürger diese Kluft [...] eigenmächtig schließen darf.“<sup>203</sup> Hier erweist sich die formelle Freiheit gegenüber der realen Freiheit als abstrakt,<sup>204</sup> sodass trotz der staatlichen Institutionen wieder ein Notstandskonflikt vorliegt.<sup>205</sup> Die durch den Primat der Institutionen geschützte staatliche Entscheidungsbefugnis werde nicht beeinträchtigt, wenn der Notstandstäter als eine Art Geschäftsführer ohne Auftrag unter Beachtung der gesetzlichen Zielvorgaben handelt.<sup>206</sup> Dies sei der Fall, wenn eine staatliche Gefahrenabwehr „nur zu inakzeptabel hohen Kosten zu haben wäre“,“<sup>207</sup> die private Notstandshandlung also den „weitaus klügeren Umgang mit den begrenzten öffentlichen Mitteln“<sup>208</sup> darstellt. Zusammengefasst: Wird der konkrete Einzelfall nicht von der staatlichen Entscheidung erfasst oder ordnet sich der Täter der staatlichen Entscheidungskompetenz unter, liegt in der Tat keine Missachtung dieser Kompetenz und eine Rechtfertigung ist möglich.<sup>209</sup>

### cc) Kritik

Auch Pawliks Notstandstheorie ist Einwänden ausgesetzt.<sup>210</sup> Viele halten ihr z. B. ihre Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht vor: Aus der Repräsentantenhaftung des Eingriffsopfers müsste ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat folgen, den es aber positiv-rechtlich nicht gibt.<sup>211</sup> Dies gesteht auch Pawlik ein<sup>212</sup> und soll hier

<sup>202</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 109 und 219.

<sup>203</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220; Hervorhebungen im Original.

<sup>204</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 184.

<sup>205</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>206</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225, 229 und 234; ähnlich auch Thorburn, Yale Law Journal 117 (2008), 1070 (1098 ff.) bzgl. „private fiduciaries“.

<sup>207</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225.

<sup>208</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 226.

<sup>209</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225 f.; ebenso Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (78).

<sup>210</sup> Kritik an Pawlik insbesondere bei Engländer, GA 2017, 242 (245 f.); Greco, ZStW 134 (2022), 1 (27 ff.); Küper, JZ 2005, 105 (113 ff.); Neumann, ZStW 116 (2004), 15 (20); ders., in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (170 ff.); NK/ders., § 34 Rn. 9c; Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 300 ff.

<sup>211</sup> Engländer, GA 2017, 242 (246); Neumann, ZStW 116 (2004), 751 (755); ders., in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (173); NK/ders., § 34 Rn. 9c; Renzikowski, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 13 (33 f.); siehe auch bereits R. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 206 ff.

<sup>212</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 10 f.; siehe auch Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 262.

nicht vertieft werden. Wichtiger sind Einwände, die sich gegen die Anknüpfung an *Hegels* Rechts- und Staatsphilosophie richten, und Argumente gegen die Auswirkungen seiner Theorie auf den Vorrang staatlicher Verfahren.

Zunächst wird trotz des philosophischen Aufwands, den er mit *Hegel* betreibt, die Duldungspflicht des Eingriffsopfers, d. h. das, worauf es eigentlich ankommt, von *Pawlik* mehr behauptet als begründet.<sup>213</sup> Wenn das Opfer im Notstand als Repräsentant der Allgemeinheit zur Erfüllung eines Anliegens der Allgemeinheit herangezogen wird, stellt dies einen Eingriff in dessen vom abstrakten Recht verliehene Sphäre *und in dessen Wohl* dar (während sich der Notstandstäter lediglich um sein Wohl, nicht aber auch um seine negative Freiheit nach abstraktem Recht sorgen muss).<sup>214</sup> Wieso das Opfer die Gemeinschaft repräsentieren und diesen Eingriff dulden muss, bleibt aber offen. Mit *Hegels* Staatsverständnis lässt sich diese Pflicht des Eingriffsopfers freilich begründen.<sup>215</sup> Allerdings tritt dann zugleich ein Haupteinwand gegen *Pawliks* Ansatz ans Licht.<sup>216</sup> Bei *Hegel* bestehen vielerlei Pflichten des Einzelnen gegenüber dem Staat.<sup>217</sup> Notfalls müsse der Einzelne sogar sein Leben opfern, um den Staat zu erhalten.<sup>218</sup> Hier zeigen sich staatsphilosophische Prämissen *Pawliks*, die in einem den Grundrechten der Einzelnen verpflichteten Rechtsstaat<sup>219</sup> abzulehnen sind. Eine Mitwirkungspflicht der Bürger zur Erfüllung staatlicher Aufgaben geht von einem Staat aus, der befugt ist, von seinen Untertanen weitgehend unbeschränkt die Aufopferung ihrer Rechte und Güter zu verlangen. Nicht der staatliche Eingriff, sondern die staatsbürgerliche Weigerung, entsprechende Pflichten zu erfüllen, wird damit rechtfertigungsbedürftig. Eine solche Staatsverherrlichung ist auch in anderen Teilen der Rechtswissenschaft aufzufinden<sup>220</sup> und wird diese Untersuchung noch häufiger beschäftigen.<sup>221</sup> Beispielsweise wurde der Gedanke bürgerlicher Mitwirkungspflichten gegenüber dem Staat im Zusammenhang mit der Frage, ob ein von Terroristen entführtes Flugzeug durch den Staat abgeschossen werden darf, von *Otto Depenheuer* als „Theorie des Bürgeropfers“ im Geiste *Hegels* zu einer „Sakralisierung

<sup>213</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (29); *Küper*, JZ 2005, 105 (115); *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (173); *ders.*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (592); ähnlich *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 302.

<sup>214</sup> Auf das Recht auf Wohl *des Opfers* weisen auch hin *Küper*, JZ 2005, 105 (114); *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 301; beachte auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 168.

<sup>215</sup> Angedeutet bei *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 112: Der Staat bringe jene Gesinnung hervor, die entwickelt haben müsse, wer den rechtfertigenden Notstand als legitimes Rechtsinstitut anerkenne.

<sup>216</sup> Zum Folgenden insbesondere *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (27 f.); *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (170 ff.).

<sup>217</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 149, 261, 328.

<sup>218</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 70 Z und §§ 324–329.

<sup>219</sup> Zugrunde gelegt wird der normative Individualismus nach *v. der Pfordten*, JZ 2005, 1069 ff.

<sup>220</sup> Vgl. nur *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band IV, S. 392 m. N.; siehe auch *Fateh-Moghadam*, in: Stollberg-Rilinger (Hrsg.), Religion und Politik, S. 181 (206 ff.).

<sup>221</sup> Insbesondere unten D.II.4.c)bb)(3), S. 267 ff.

staatsbürgerlicher Pflichten<sup>222</sup> ausgearbeitet und offenbarte (spätestens) damit seine etatistische und kollektivistische Grundhaltung.<sup>223</sup> Pawlik stimmt *Depenheuer* zu.<sup>224</sup> Der Bürger habe in existenziellen Bedrohungen der Gemeinschaft notfalls mit seinem Leben für sie einzustehen und nehme dies auch hin, „solange er überhaupt noch weiß, was Bürgersein bedeutet.“<sup>225</sup> Die diesem Ansatz zugrunde liegenden Vorstellung, in der Aufopferung für den Staat finde die individuelle Menschenwürde erst ihre Verwirklichung,<sup>226</sup> verkehrt jedoch den Gedanken des Art. 1 Abs. 1 GG ins Gegenteil.<sup>227</sup> Man geht von einer vorrechtlichen Existenz des Staates und einem Vorrang staatlicher vor individueller Handlungsfreiheit aus.<sup>228</sup> Ein solcher Staat ist aber keine Verwirklichung, sondern die Vernichtung individueller Freiheit.<sup>229</sup> Dies gilt auch für den rechtfertigenden Notstand. Wer das Eingriffsoffer zur Erfüllung eines staatlichen Anliegens heranzieht, behandelt den Staat zudem als eine Art Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit individueller Haftung der Mitglieder<sup>230</sup> und löst die freiheitsschützende Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft auf.<sup>231</sup> Auch unter den einzelnen Bürgern nimmt man keine Rücksicht auf individuelle Bedürfnisse, sondern hebt den Unterschied zwischen Täter und Opfer auf<sup>232</sup> und vergleicht die sich gegenüber stehenden Freiheitsgrade von einem überindividuellen Standpunkt aus.<sup>233</sup> Damit handelt es sich um eine kollektivistische und etatistische Konzeption, die manche Einwände gegen die „utilitaristische“ Notstandstheorie noch potenziert.<sup>234</sup>

<sup>222</sup> *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band IV, S. 394.

<sup>223</sup> *Depenheuer*, FS Isensee, S. 43 (52 ff.). Hinweis auf die Parallele auch bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (28); *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (170). Kritik an *Depenheuer* bei *Greco* a. a. O.; *Stübinger*, ZStW 123 (2011), 403 (416 ff.); *Vofßkuhle*, in: ders./Bumke/Meinel (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates, S. 371 (380 ff.); zum Staatsnotrecht und den Hintergründen *Möllers*, Staat als Argument, S. 264 ff.; dazu noch unten D.II.4.c)bb(3)(b), S. 268 ff. und E.IV.3.b)aa), S. 442 ff.

<sup>224</sup> *Pawlik*, JZ 2004, 1045 (1052 ff.); *ders.*, Unrecht des Bürgers, S. 252 f. mit Fn. 584; beachte aber auch *ders.*, Der rechtfertigende Notstand, S. 208 f.

<sup>225</sup> *Pawlik*, Unrecht des Bürgers, S. 253.

<sup>226</sup> *Depenheuer*, FS Isensee, S. 43 (53).

<sup>227</sup> Zum LuftSiG und der Verfassungsmäßigkeit einer *ausdrücklichen gesetzlichen Erlaubnis* für den Abschuss auch BVerfGE 115, 118 (151 ff.) mit Bezug auf die Rettung der durch das Flugzeug gefährdeten Menschen am Boden. Der Einwand verstärkt sich, wenn das Flugzeug nicht zur Rettung der Menschen, sondern zum Erhalt des Staates abgeschossen wird.

<sup>228</sup> Vgl. *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (170 f.).

<sup>229</sup> Vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (28): *Pawliks* Freiheitsbegriff als „Deckmantel für die frontalste Freiheitsnegierung“.

<sup>230</sup> Deutlich bei *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 232 ff.

<sup>231</sup> *Engländer*, GA 2017, 242 (246); *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (173); *ders.*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (590). Den Vorwurf muss sich auch *Kühnbach* gefallen lassen, vgl. *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 323 ff.

<sup>232</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (27).

<sup>233</sup> *Kühl*, FS Lenckner, S. 143 (155); *Küper*, JZ 2005, 105 (111).

<sup>234</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (28); *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 14 mit Fn. 8 und S. 347; *Neumann*, ZStW 2004, 751 (755, 761).

Auch Pawliks Überlegungen zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren sind kritisch zu sehen. Erstens kann er sein Ziel, den gesetzgeberischen Beurteilungsprimat „gegen die Möglichkeit einer freihändigen Interessenmaximierung [zu] „immunisieren“<sup>235</sup> nicht verlässlich erreichen. Eine Notstandsrechtfertigung sei möglich, wenn sich eine Regelung als gegenüber der Forderung nach realer Freiheit defizitär erweist.<sup>236</sup> Unklar bleibt aber, wer nach welchen Maßstäben entscheidet, ob und wann dies der Fall ist.<sup>237</sup> Welche Forderungen nach realer Freiheit sind (noch) berechtigt, welche Diskrepanz zwischen institutioneller und realer Freiheit ist (noch) hinnehmbar, welche nicht mehr? Legt man die Entscheidung darüber in die Hände des Rechtsanwenders oder des Notstandstäters, so liegt es nahe, das abstrakte Recht immer dann für defizitär zu halten, wenn sich abstrakt-rechtlich nicht das jeweils gewünschte Ergebnis erzielen lässt.<sup>238</sup> Damit würde anhand nicht verallgemeinerbarer und außer-rechtlicher Kriterien zum „richtigen“ Maß an Freiheitsverwirklichung abermals eine Ergebniskontrolle betrieben, die die Beurteilungskompetenz des Gesetzgebers nicht wahrt, sondern umgeht.

Kritik trifft auch Pawliks GoA-Konstruktion, bei der sich der Anwendungsbereich des § 34 StGB in einer Frage der wirtschaftlichen Effizienz zu erschöpfen scheint. Eine Rechtfertigung sei denkbar, wenn die private Tat sich als klügerer Umgang mit öffentlichen Mitteln darstellt als eine umfassende Versorgung der Bürger mit staatlichem Schutz.<sup>239</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung, nur in bestimmtem Umfang finanzielle Mittel zur Notbekämpfung zur Verfügung zu stellen, sei nicht abschließend.<sup>240</sup> Abgesehen davon, dass diese Geringschätzung finanzpolitischer Entscheidungen angesichts der verfassungsrechtlichen und historisch spätestens seit dem preußischen Verfassungskonflikt (1862–1866)<sup>241</sup> und Bismarck bekannten Bedeutung des Budgetrechts des Parlaments zumindest einer Begründung bedürfte,<sup>242</sup> bleibt wiederum unklar, wonach sich bestimmt, welcher Umgang mit öffentlichen Mitteln der klügere ist. Und wenn man die Entscheidung hierüber dem Staat überantwortete, führte dies womöglich zu einer finanzpolitischen „Flucht in die Notstandsrechtfertigung“: Aus staatlicher Sicht ist nämlich *jede* Heranziehung des *privaten* Bürgers zur „Herstellung einer „Sicherheits-Infrastruktur“<sup>243</sup> ein effizienterer

<sup>235</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225.

<sup>236</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 220.

<sup>237</sup> Vgl. in anderem Zusammenhang auch Lübbe-Wolff, ZParl 11 (1980), 110 (113).

<sup>238</sup> Vgl. auch Peters, GA 1981, 445 (471).

<sup>239</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225 f.

<sup>240</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225; ähnlich Erb, FS Nehm, S. 181: Unzureichende Ausstattung staatlicher Gefahrenabwehr dürfe durch Ausübung privater Notrechte kompensiert werden.

<sup>241</sup> Dazu etwa Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, § 12 Rn. 387 ff.

<sup>242</sup> Vgl. auch Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (72 mit Fn. 67).

<sup>243</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225.

Umgang mit *öffentlichen* Mitteln als die *staatliche* Gefahrenabwehr. Die Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger ist aber nicht nur eine Effizienzfrage.<sup>244</sup>

d) *Ursprüngliche Gütergemeinschaft und Anteil der Gesellschaft*

aa) *Notstandsrecht mit Kant*

(1) *Notstandstheorie bei Helmers*

Einen Versuch, eine Notstandstheorie nicht wie die bisherigen Ansätze *gegen*, sondern *mit Kant* zu erarbeiten und ein begrenztes Notrecht aus *Kants* Rechtsbegriff herzuleiten<sup>245</sup> unternimmt *Gunnar Helmers*<sup>246</sup> im Anschluss an *Michael Köhler*.<sup>247</sup> *Helmers* sieht in der Frage, ob und inwiefern die Notlage eines Menschen diesem ein Zugriffsrecht auf ansonsten ausschließlich anderen zustehende Güter gibt, einen Anwendungsfall des Grundproblems der Normativität, d. h. der Frage, wie der Schritt von einer Seinsaussage zu einer Sollensbehauptung vollzogen werden kann,<sup>248</sup> und analysiert daher zunächst verschiedene Normativitätskonzepte.<sup>249</sup> Weil allgemeinverbindliche Sollenssätze nur unabhängig von individuellen Bedürfnissen aufgestellt werden könnten, stelle die einzig vertretbare Grundlage jeder Normativität der kategorische Imperativ *Kants* und die Behandlung eines jeden Menschen als Zweck an sich selbst und nicht als Mittel dar.<sup>250</sup> Hieraus ergebe sich, was dem Einzelnen im Verhältnis zu anderen zusteht. Jedenfalls werde das „innere Mein“, insbesondere Leben, Körper, Handlungsfreiheit und persönliche Ehre, ausschließlich und ursprünglich dem einzelnen Subjekt „hinter“ dem Menschen zugeordnet.<sup>251</sup> Äußere Gegenstände hingegen stünden dem Menschen nie ursprünglich selbst zu, sondern müssten immer erst zum Sondergebrauch *erworben* werden. Dieser erstmalige Erwerbssakt der äußeren Materie durch einen Menschen finde begrifflich-notwendig durch Loslassen oder Abrücken aller anderen von dem ideell ursprünglich allen zustehenden Gegenstand statt.<sup>252</sup> Zu unterscheiden seien folglich die dem Subjekt ursprünglich zustehenden angeborenen und die sich ursprünglich im Gemeinbesitz befindenden erworbenen Rechte.<sup>253</sup>

<sup>244</sup> Vgl. dazu – wenngleich mit Blick auf Effektivität und nicht auf Effizienz – unten C.IV.2.b)cc), S. 180 ff.

<sup>245</sup> *Helmers* leitet den Rechtsbegriff freilich noch aus *Kants* Erkenntnistheorie ab, siehe *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 60 ff.

<sup>246</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, 2016.

<sup>247</sup> *Köhler*, Strafrecht AT, S. 284 f.; *ders.*, FS E. A. Wolff, S. 247 (261); *ders.*, Recht und Gerechtigkeit, S. 288 ff.

<sup>248</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, 19 ff.

<sup>249</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 23–164.

<sup>250</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 166 ff., vgl. auch ebd., S. 194 ff.

<sup>251</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 210 ff.

<sup>252</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 223 ff., siehe auch ebd. S. 251 ff.

<sup>253</sup> Betont wird, dass die Vorstellung von ursprünglichem Gesamtbesitz an der äußeren Weltmaterie keine empirisch/historische, sondern eine ideell/logische sei, siehe *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 252 f.

Auf dieser Grundlage entwickelt *Helmers* nun eine Notstandstheorie. Ein Zugriffsrecht auf angeborene Güter sei rechtlich unmöglich und jeder Eingriff in Leben, Leib, Handlungsfreiheit oder Ehre rechtswidrig.<sup>254</sup> Möglich und sogar rechtlich-notwendig sei dagegen ein Zugriffsrecht auf erworbene Güter: Das Abrücken aller anderen von einem erstmalig zum Privateigentum erworbenen Gegenstand erfolge nicht total und bedingungslos, sondern werde jeweils vernunft-notwendig mit der (auflösenden) Bedingung versehen, dass man selbst oder ein anderer nicht in existenzbedrohenden Notsituationen auf den Gegenstand angewiesen ist.<sup>255</sup> Bei einer Gefährdung der Existenzerhaltung als Person falle das Privateigentum wieder an die ursprüngliche Gütergemeinschaft zurück.<sup>256</sup> Es stehe dann nicht mehr dem Einzelnen zu, weshalb diesem durch den Eingriff des Notstandstäters auch nichts genommen werde und ein Notstandseingriff ohne Rechtsverletzung möglich sei. Ein aus dem Rechtsbegriff *Kants* und dem Gedanken des ursprünglichen Gesamtbesitzes an erworbenen Gütern abgeleiteter Notstandsbegriff umfasse also ein Zugriffsrecht auf erworbene Güter zum Schutz angeborener Güter. Ob auf Erhaltungsseite auch erworbene Güter notstandsfähig sein sollen, bleibe dem Gesetzgeber überlassen.<sup>257</sup> All dies finde sich bereits bei *Kant*, der folglich einem Notrecht keineswegs ablehnend gegenüber stehe.<sup>258</sup>

## (2) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren

Was folgt daraus für das Verhältnis zwischen staatlichen Verfahren und § 34 StGB? Dem Staat kommt bei *Helmers* keine relevante Rolle in der Notstandssituation zu, sondern die rechtliche Behandlung der Notlage leitet sich allein aus einem vorpositiven Rechtsbegriff ab. Mit diesem Rechtsbegriff hat der Staat zunächst nichts zu tun. Damit bestünde weder Anlass noch Berechtigung für einen Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand. Andererseits sei der Staat Rechtsdurchsetzungsinstanz zur Gefahrenabwehr,<sup>259</sup> es bestehe *keine* Pflicht der Bürger, Naturgefahren „selbst tätig zu beseitigen“,<sup>260</sup> und in Einzelfällen sei ein Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr als Merkmal der (normativ bestimmten) Erforderlichkeit anzunehmen.<sup>261</sup> All dies könnte für eine Subsidiarität des Notstands sprechen, doch wird diese Vermutung dadurch wieder entkräftet, dass der Staat laut *Helmers* im Fall des *polizeilichen* Notstands lediglich das private Notstandsrecht des Bürgers in Form der

<sup>254</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 249; ebenso bereits *Köhler*, Strafrecht AT, S. 290; vgl. auch *ders.*, Recht und Gerechtigkeit, S. 290.

<sup>255</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 255 ff.; *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, S. 290.

<sup>256</sup> Zu den ideengeschichtlichen Hintergründen auch *Renzikowski*, in: v. Hirsch/Neumann/Saliger (Hrsg.), Solidarität, S. 13 (16 ff.).

<sup>257</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 352 ff.

<sup>258</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 143 ff. und 253.

<sup>259</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 270 und 277.

<sup>260</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 277.

<sup>261</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 416 und 450.

Notstandshilfe durchsetzt.<sup>262</sup> Staatliche Gefahrenabwehr durch Eingriffe in subjektive Rechte Unbeteiligter setzt mithin ein bereits bestehendes Notstandsrecht voraus, sodass jedenfalls in Konstellationen, in denen der Staat die Gefahr nicht durch eigene Mittel abzuwehren fähig ist, kein staatlicher Vorrang bestehen kann. Vielmehr scheint *Helmerts* umgekehrt einen Vorrang des Notstands anzunehmen und der Staat zu einer vom vernunftrechtlichen Notstandsbegriff abweichenden Einschätzung über die richtige Konfliktlösung nicht berechtigt zu sein. Während also bei *Pawlik* der Primat der Institutionen auf einer staatlichen Entscheidungskompetenz fußt, ist bei *Helmerts* der Staat lediglich Durchsetzungsapparat bereits bestehender vorpositiver Rechte und daher bei Auflösung des Notstandskonflikt tendenziell bedeutungslos.

### (3) Kritik

Auch *Helmerts*' Ansatz ist kritisch zu sehen.<sup>263</sup> Dreh- und Angelpunkt seiner Notstandstheorie ist die Theorie der Entstehung des Privateigentums bei *Kant*. Dieser geht von einem ursprünglichen Gesamtbesitz aus, der die Bedingung der Möglichkeit erstmaliger Erwerbung sei.<sup>264</sup> Wenn sich *Helmerts*' Notstandstheorie auf *Kants* Eigentumstheorie stützt, hängt die Überzeugungskraft der Notstandstheorie davon ab, dass man die kantische Prämisse zum erstmaligen Eigentumserwerb teilt.<sup>265</sup> Bekanntlich ist *Kants* Eigentumstheorie jedoch nicht die einzige Möglichkeit, die Existenz von Privateigentum zu begründen.<sup>266</sup> So teilt beispielsweise *John Locke* mit *Kant* zwar die Vorstellung eines ursprünglichen Gesamtbesitzes und angebotener Rechte, doch erfolgt die Aneignung bei *Locke* nicht durch Abrücken aller anderen von einem Gegenstand, sondern dadurch, dass durch Arbeit „die Rechtsqualität der Person auf den Gegenstand übertragen“ und der Gegenstand damit „in die ursprüngliche Eigensphäre integriert“<sup>267</sup> wird.<sup>268</sup> Es ist hier nicht der Ort für die Diskussion der beiden Ansätze,<sup>269</sup> doch zeigt das Beispiel *Locke*, dass für *Helmerts*' Prämisse eine Alternative besteht, die sich auch auf die hieraus abgeleitete Notstandstheorie auswirkt. Unabhängig von *Locke* müssen sich *Helmerts* und *Kant* fragen lassen, wieso vor dem erst-

<sup>262</sup> *Helmerts*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 279 f.; ähnlich bereits *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 308.

<sup>263</sup> Kritik an *Helmerts* bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (35 ff.); *Rösinger*, in: Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (148 f.).

<sup>264</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 358 ff.; zum Gemeinbesitz bei *Kant* auch *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, S. 209 ff.; *Köhler*, FS E. A. Wolff, S. 247 ff.

<sup>265</sup> Ebenso *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (36 f.).

<sup>266</sup> Einen ideengeschichtlichen Überblick zu den Eigentumstheorien geben z. B. *Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 14 ff.; zur Aktualität der kantischen Eigentumslehre *Kühl*, FS E. A. Wolff, S. 273 ff.

<sup>267</sup> *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, S. 219; dort auch das vorstehende Zitat.

<sup>268</sup> *Locke*, Two Treatises of Government II, § 27. Die Arbeitstheorie klingt auch in manchen Entscheidungen des BVerfG an, vgl. nur BVerfGE 14, 288 (293 f.); 53, 257 (291 f.); 112, 368 (396).

<sup>269</sup> Gegenüberstellung der Ansätze von *Kant* und *Locke* bei *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, S. 213 ff.

maligen Erwerb zwingend ein Gesamtbesitz aller an den Gegenständen besteht und die Materie stattdessen nicht ursprünglich herrenlos ist.<sup>270</sup> Die Vorstellung, die ganze Welt stehe im ideell-ursprünglichen Eigentum der Menschen, steht zwar in guter biblischer Tradition,<sup>271</sup> ist aber in Zeiten globaler Umwelt- und Klimaprobleme (politisch-moralisch) fragwürdig. Genauso wie die Bejahung oder Verneinung eines Notrechts bereits im Konflikt zwischen *Kant* und *Hegel* vom zugrunde gelegten Rechtsbegriff abhängt (oben a)cc), S. 97 f.), hängt die Anschlussfähigkeit von *Helmers'* Konzeption davon ab, ob man *Kants* Eigentumstheorie (und im Ergebnis wieder seinem Rechtsbegriff) folgt, und das ist jedenfalls nicht zwingend.

Bzgl. erworbener Güter unterscheidet sich das Ergebnis bei *Helmers* außerdem nur wenig von der utilitaristischen Notstandstheorie. Der Einzelne wird zum nur vorläufigen, provisorischen Besitzer, zum Verwalter von Gütern, an denen die Gemeinschaft eine Art Anwartschaftsrecht hat, welches in Notsituationen wieder zum Vollrecht erstarkt.<sup>272</sup> Dieses Anwartschaftsrecht und daher bei Bedingungseintritt auch das erworbene Gut selbst steht bei *Helmers* einem Kollektiv, nämlich besagter Gütergemeinschaft zu, bevor der Notstandstäter hierauf zugreifen darf. Wie in der utilitaristischen Notstandstheorie (nochmals: nicht wie bei *Bentham* selbst) wird damit der Einzelne zum bloßen Verwalter von an sich der Gemeinschaft zustehenden Gütern.<sup>273</sup> Wird auf Güter des Eingriffsoffers nach dem utilitaristischen Ansatz jedoch – *immerhin*, muss man sagen – zugunsten des Gesamtnutzens zugegriffen, erfolgt die Aufopferung bei *Helmers* zugunsten der praktischen Vernunft und des Rechtsbegriffs, und der Notstandstäter als Individuum profitiert nur deshalb davon, weil das Recht ohne seine Existenz als Person nicht auskommt.

Der Unterschied zu den bisherigen Ansätzen liegt freilich in einer stärkeren Position der Individuen, weil in angeborne Rechte nicht eingegriffen werden darf.<sup>274</sup> Mit der Unterscheidung zwischen erworbenen und angeborenen Rechten wird das Notrechtsproblem bei *Helmers* dadurch gelöst, dass erstere insgesamt sozialisiert (oder der praktischen Vernunft geopfert) und letztere einer Aufopferungspflicht im Not-

<sup>270</sup> So etwa *Hobbes*, *Leviathan*, Kap. 13 (S. 98); Kap. 18 (S. 140); vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (37).

<sup>271</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (36); *Köhler*, FS E. A. Wolff, S. 247 (257); das gilt auch für die Theorie *Lockes*, vgl. z. B. *Locke*, *Two Treatises of Government* II, § 26.

<sup>272</sup> Ähnlich die Kritik bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (37): Eigentum rückt in die Nähe des Nießbrauchs.

<sup>273</sup> Vgl. zu dieser Kritik an utilitaristischen Notstandstheorien *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, S. 155 (163 f.).

<sup>274</sup> Dass dies nicht uneingeschränkt der Fall ist, zeigt *Helmers'* Besprechung des Landstreicher-Falls BGH JZ 1990, 763 ff.: Dort wird von *Helmers*, vermittelt durch einen notstandsbedingten Boden- bzw. Sacherwerb, ein *Notwehrrecht* gegen jeden, der den Gebrauch der Sache zum Selbsterhalt stört, postuliert, welches sodann zum Zugriff auf Leib und Leben berechtigen soll (*Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 390 ff.). Wenngleich aus *Helmers* Sicht verständlich und legitimatorisch nachvollziehbar, läuft dies im praktischen Ergebnis auf eine Aufweichung der propagierten Begrenzung der Aufopferungspflicht auf erworbene Güter hinaus. Vgl. dazu auch *Rösinger*, in: Papanthasiou et al. (Hrsg.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht*, S. 129 (149): „etwas gekünstelt“.

stand insgesamt entzogen werden. Ob ein Konflikt am besten behoben wird, indem man ihn in zwei Extreme aufspaltet, kann jedoch bezweifelt werden. Außerdem ist es eine wichtige Erkenntnis der hegelschen Rechtsphilosophie, dass die besten angeborenen Rechte dem Einzelnen nichts nützen, wenn er von ihnen mangels äußerer Sachgüter keinen Gebrauch in der Wirklichkeit machen kann.<sup>275</sup> Und dass im Einzelfall eine teilweise und für den Einzelnen insgesamt wenig belastende Aufopferung angebotener Rechte zum Erhalt ungleich wichtigerer erworbener Rechte nicht von vornherein unangemessen sein muss, sei hier nur angedeutet.

Die wesentlichen Einwände gegen *Helmerts* beziehen sich schließlich auf das bereits erwähnte Verständnis des Staates als Durchsetzungsapparat vorpositiver Rechte.<sup>276</sup> Der Staat ist nach hier vertretener Ansicht nicht an vorpositive Normen gebunden und nicht nur zur Durchsetzung derselben berufen, sondern trifft originäre Entscheidungen. Alles andere stellt den staatlichen Gesetzgeber unter das Joch der praktischen Vernunft und ist in einer demokratischen Ordnung, die Freiheit und Gleichheit der Bürger verwirklichen will, abzulehnen. Dieser Einwand wird sich noch verfestigen.<sup>277</sup> An dieser Stelle führt er zur Ablehnung von *Helmerts'* Notstandstheorie.

## bb) Der Anteil der Gesellschaft

### (1) Notstandstheorie bei Greco

Die Unterscheidung zwischen angeborenen und erworbenen Rechten und die Unverletzlichkeit ersterer im Zusammenhang mit dem rechtfertigenden Notstand vertritt auch *Luís Greco*.<sup>278</sup> § 34 StGB stelle eine Art private Enteignung dar und erstrecke sich auch nur auf enteignungsfähige und gemeinwohldurchlässige Rechte.<sup>279</sup> Ohne sich dabei wie *Helmerts* in Theorien zur Erklärung von Privateigentum zu verstricken, sieht *Greco* im Recht an sich die Bedingung der Möglichkeit eines jeden Erwerbs und leitet daraus seine Notstandstheorie ab.<sup>280</sup> Erst das Recht mache eine Aneignung äußerer Güter denkbar, erst das Recht bestimme, welche Regeln hierbei gelten, und erst das Recht garantiere, dass diese Regeln auch beachtet werden. Die Rechtsordnung bzw. die Gesellschaft habe durch die Schaffung der entsprechenden Bedingungen ebenso wie der Hersteller bei der Verarbeitung oder Herstellung einer Sache nach § 950 BGB einen „Anteil an dem, was wir erwerben“.<sup>281</sup> Diesen Anteil müsse der Einzelne der Gesell-

<sup>275</sup> Das sieht auch *Helmerts* selbst (*Helmerts*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 118) und vertritt daher gewisse Verbindungen zwischen beiden Kategorien, vgl. *Helmerts*, a. a. O., S. 292 f. und 329.

<sup>276</sup> *Helmerts*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 125 f., 133, 228 f., 270 ff. und 480 f. Unten C.II.3, S. 145 ff. und D.II.3.d)bb), S. 245 ff.

<sup>277</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (38 ff.).

<sup>279</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (39 und 41). Auf die Parallele zur Enteignung weisen z. B. auch *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 206 ff. und *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 223 f. hin.

<sup>280</sup> Zum Folgenden *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (40–43).

<sup>281</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (41).

schaft in Notsituationen wieder zurück gewähren. Einen solchen Anteil habe die Gesellschaft aber nur bei erworbenen Rechten, also solchen, deren Bestehen auf einem besonderen Rechtstitel beruht. Angeborene Rechte hingegen, die nicht auf einem besonderen Rechtstitel, sondern auf dem Status als Mensch beruhen, stünden den Menschen zu, ohne dass die Rechtsordnung einen Anteil daran habe, weshalb sie auch im Notstand nicht entzogen werden könnten. Daher erlaube § 34 StGB keinen Eingriff in angeborene Rechte.<sup>282</sup> Auch Eingriffe in erworbene Rechte seien gewissen relativen Schranken unterworfen; insbesondere diene hier § 323c StGB als Richtschnur.<sup>283</sup> Ein Eingriffsrecht in kollektive Rechtsgüter stehe unter der Bedingung, dass für das Rechtsleben bedeutsame staatliche Institutionen nicht beeinträchtigt werden.<sup>284</sup> Die Begehung von Ordnungsunrecht sei dagegen in der Regel gerechtfertigt.<sup>285</sup> Diese und weitere Überlegungen sollen die Abwägung bei § 34 StGB rationalisieren.

### (2) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren

Das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren hängt für *Greco* von den sich gegenüber stehenden Rechtsgütern ab. Beim Konflikt zweier kollektiver Rechtsgüter nähere sich der rechtfertigende Notstand der mutmaßlichen Einwilligung, und wie dort dürfe man sich nicht ungefragt zur Besorgung fremder Geschäfte aufschwingen.<sup>286</sup> Der Täter habe den in den einschlägigen Rechtsvorschriften zum Ausdruck kommenden Willen des Staates als Träger kollektiver Rechtsgüter zu respektieren. Bei Eingriffen in erworbene individuelle Rechte zum Schutz eines Gemeinwohlbelangs komme eine Notstandsrechtfertigung nur selten in Betracht.<sup>287</sup> „Die Förderung des Gemeinwohls ist Sache des Staates, der die damit einhergehenden Lasten durch Gesetze verteilt, in die wir alle einwilligen.“<sup>288</sup> Darüber setze sich der Notstandstäter hinweg, wenn er eigenhändig die Lasten neu verteile. „Diese Anmaßung, sich zum Sprecher und Vollstrecker der Gesellschaft aufzuschwingen, ist in einer Demokratie kaum hinnehmbar.“

Mehr Befugnisse bestünden am anderen Ende des Spektrums, also wenn zum Schutz angeborener Rechte in kollektive Güter eingegriffen wird.<sup>289</sup> Hier sei jedenfalls die Begehung bloßen Ordnungsunrechts erlaubt. Aus diesem Gedanken ergeben sich *Greco*s Überlegungen zur Sperrwirkung staatlicher Verfahren im engeren Sinne.<sup>290</sup> Es komme auf materielle Erwägungen und nicht auf das Verfahren selbst an. Die Umgehung eines Verfahrens stelle bloßes Ordnungsunrecht dar, das häufig ge-

<sup>282</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (42 und 55 ff.).

<sup>283</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (67 ff.).

<sup>284</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (70 f. und 75 f.).

<sup>285</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (72 ff. und 81 ff.).

<sup>286</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (85–88).

<sup>287</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88 f.).

<sup>288</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88); dort auch das folgende Zitat.

<sup>289</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (72 ff.).

<sup>290</sup> Zum Folgenden *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91 f.).

rechtfertigt werden könne. Staatliche Verfahren, die bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügen und die Gemeinwohlfestigkeit angeborener Rechte widerspiegeln, seien dagegen *leges speciales* zu § 34 StGB. Das zeigt sich beim Verhältnis zwischen strafprozessualer Wiederaufnahme und rechtfertigendem Notstand im Fall des unschuldig Verurteilten: Das Wiederaufnahmeverfahren verdrängt § 34 StGB als *lex specialis*, wenn und soweit dieses Verfahren das Sonderopfer zumutbar macht. Aber: „Wäre nach geltendem Recht eine Wiederaufnahme des Verfahrens *propter nova* nach dem Verstreichen einer bestimmten Frist nicht mehr zulässig, läge darin ein schwerer Fehler des geltenden Prozessrechts; äußerstenfalls müsste § 34 StGB die Lücke schließen.“<sup>291</sup> Insgesamt geht es *Greco* also v. a. um eine Hierarchisierung der betroffenen Güter, die sich auch im Vorrang staatlicher Verfahren niederschlägt. Als eigenständige Schranke ist eine solche Kategorie hingegen laut *Greco* nicht notwendig: Entweder entspricht das Verfahren den materialen Grundsätzen aus seiner Güterabwägung und ist damit *lex specialis* zu § 34 StGB, oder es kann als bloßes Ordnungsrecht mit § 34 StGB umgangen werden.

### (3) Kritik

*Greco*s Versuch, einen Teil der Abwägung bei § 34 StGB zu systematisieren,<sup>292</sup> trägt zur Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit der Rechtsanwendung bei und ist bemüht, einerseits im Einzelfall angemessene Antworten zu liefern, diese jedoch andererseits auf ein sicheres theoretisches Fundament zu stellen. Diesem Vorhaben schließt sich die vorliegende Arbeit an. Nichtsdestotrotz ist auch *Greco*s Theorie mit Einwänden konfrontiert.

Hinsichtlich *erworbener Güter* überschneidet sich die Kritik mit bereits an anderer Stelle vorgebrachten Gedanken. Wenn der rechtfertigende Notstand als eine Art private Enteignung verstanden wird, so sind die Unterschiede zum Repräsentationsansatz *Pawliks*, wonach § 34 StGB ebenfalls nur die abgekürzte Durchsetzung staatlicher Ansprüche darstellt, gering. Ähnlich wie bei der utilitaristischen Notstandstheorie wird der Einzelne zudem, was erworbene Rechte angeht, zu einer Art Verwalter gesellschaftlichen Sicherungseigentums degradiert.<sup>293</sup> Dieser Gefahr einer unbegrenzten Sozialisierung erworbener Güter will *Greco* durch Anbindung des § 34 StGB an § 323c StGB entgehen,<sup>294</sup> verschiebt damit aber das Notstandsproblem nur auf den ähnlich problematischen Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung.<sup>295</sup>

<sup>291</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91).

<sup>292</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (71 ff.).

<sup>293</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (96): „Mein Eigentum und mein Vermögen gehören nicht allein mir.“; anders noch ebd. S. 83: „Mein Eigentum gehört mir und nicht dem Staat.“ Vgl. zu einem ähnlichen Einwand gegen die utilitaristische Theorie auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (37).

<sup>294</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (68 f. und 78 f.).

<sup>295</sup> Diesen setzt *Greco* offenbar als legitim voraus. § 34 StGB erscheine „nur als private Erzwingung dieser ohnehin bestehenden Hilfeleistungspflicht“ (*Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (68)). „Wo eine Hilfeleistungspflicht nicht legitimierbar ist, kommt § 34 StGB grundsätzlich ebenso wenig zum Tragen“ (a. a. O., S. 70).

Wenn die Notstandsrechtfertigung davon abhängt, ob eine Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB besteht, stößt man auf Schwierigkeiten, wenn sich das Bestehen einer Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB umgekehrt wieder an § 34 StGB orientieren soll.<sup>296</sup>

Auch die Art und Weise, wie ein Anteil der Gesellschaft entstehen soll, kann kritisch gesehen werden. Betrachtet man den Rechtserwerb näher, kann zwar womöglich eine Parallele zu § 950 BGB gezogen werden – allerdings mit einem anderen Ergebnis: Auch wenn die Gesellschaft Subjekt oder Inhaberin der Rechtsordnung ist (was eine Frage für sich wäre<sup>297</sup>), stellt diese Gesellschaft mit „ihrer“ Rechtsordnung lediglich das *Werkzeug* für den Rechtserwerb zur Verfügung, ohne darüber hinaus am Erwerb selbst mitzuwirken. So wie der Eigentümer eines Pinsels nicht zugleich Miteigentümer des damit geschaffenen Gemäldes wird, erwirbt die Gesellschaft durch das Bereitstellen des Werkzeugs zum Erwerb noch keinen Anteil an dem dadurch Erworbenen.<sup>298</sup> Auch abgesehen davon lässt sich dieser Vorstellung vom Rechtserwerb wieder eine Alternative entgegensetzen, wenn man nochmals an die Arbeitstheorie in Anlehnung an *Locke* denkt (siehe oben aa)(3)). Wäre es nicht naheliegender, die Gesellschaft zu *verpflichten*, mir den Erwerb eines von mir geschaffenen Gegenstands – der ohne meine Arbeit *so gar* nicht existierte – zu ermöglichen, als der Gesellschaft zu *erlauben*, hieran einen Anteil für Notfälle zurück zu behalten?

Außerdem entwickelt sich die Behandlung des rechtfertigenden Notstands mit *Greco*s Ansatz wieder zu einer reinen Güterabwägung.<sup>299</sup> *Greco* erörtert verschiedene Konfliktsituationen, deren Lösung sich primär aus dem Wert der sich gegenüberstehenden Güter – angeborenes, erworbenes oder kollektives Gut – ergeben soll. Andere Kriterien werden entweder abgelehnt oder, wie der Vorrang staatlicher Verfahren, als Anwendung der entwickelten Grundsätze aufgefasst.<sup>300</sup> Mit Blick auf das hier untersuchte Problem treffen *Greco* daher ähnliche Einwände wie die oben gegen das utilitaristische Interessenabwägungsprinzip angeführten (siehe oben b)cc)(2), S. 112 ff.). Wenn staatliche Verfahren nur dann gegenüber § 34 StGB vorrangig sind, wenn sie den Konflikt *materiell* in Übereinstimmung mit *Greco*s Konzeption lösen, hat der Staat und das positive Recht keine Bedeutung mehr. Wenngleich er bei der Erhaltung kollektiver Rechtsgüter durch Eingriffe in Erworbenes die Verbindlichkeit staatlicher Regeln und die Wichtigkeit des Demokratieprinzips betont,<sup>301</sup> unterwirft *Greco* mit Blick auf individuelle Güter das demokratisch gesetzte Recht weitreichenden vorpo-

<sup>296</sup> Vgl. *Hruschka*, JuS 1979, 385 (390 f.).

<sup>297</sup> Wer genau diesen Anteil erwirbt, ist bei *Greco* unklar: „Die Rechtsordnung“, „das Recht“, „die Gesellschaft“ (so jeweils *Greco*, ZStW 134 (2022), I (41)) oder „der Staat“ (so a. a. O., S. 67). Wenn aber „Staat“, „Gesellschaft“ und „Recht“ dasselbe Subjekt sind, nähert man sich *Pawliks* „gemeinschaftlicher Ursuppe“ (*Greco*, a. a. O., S. 27) und kann außerdem nicht zugleich von angeborenen und daher vorstaatlichen Rechten ausgehen.

<sup>298</sup> Die Bemerkungen *Greco*s in diese Richtung (insbesondere *Greco*, ZStW 134 (2022), I (51 und 67)) vermögen diese Bedenken nicht vollständig zu entkräften.

<sup>299</sup> Den Einwand sieht auch *Greco*, ZStW 134 (2022), I (72) und versucht, ihn abzumildern.

<sup>300</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), I (91).

<sup>301</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), I (88).

sitiven Bindungen. So erfolgt z. B. in Bezug auf das Wiederaufnahmerecht der StPO mithilfe des § 34 StGB abermals eine materielle Ergebniskontrolle, d. h. der Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand hängt davon ab, ob das fragliche Verfahren zum „richtigen“ Ergebnis führt. Damit kehrt in abgewandelter Form die Brückenfunktion des rechtfertigenden Notstands wieder. Dies vernachlässigt die institutionelle Dimension des Vorrangs staatlicher Verfahren, auf die *Pawlik* hinweist (oben c)bb), S. 119 f.). Die Umgehung eines Verfahrens stellt nur dann „bloßes Ordnungsunrecht“ dar, wenn zwischen materiellem Recht und Ordnungsrecht getrennt werden kann. Das ist aber nicht – jedenfalls nicht immer – der Fall.<sup>302</sup>

Wenngleich *Greco* viele Defizite aus *Helmers'* Notstands begründung überwindet und die Schlussfolgerungen seiner Untersuchung auch für die Zwecke dieser Arbeit nützlich sind, bleibt die Kritik im Ergebnis ähnlich: Erworbene Güter werden weitgehend sozialisiert, und bzgl. angeborenen Gütern wird ein hier nicht geteiltes Verständnis von Staat und Recht an den Tag gelegt.

### e) Intersubjektive Solidarität

#### aa) Notstandstheorie

Die Schwächen der vorstehenden Konzeptionen zu vermeiden trachten schließlich diejenigen, die auf die intersubjektive Beziehung der an der Notstandslage Beteiligten abstellen und den rechtfertigenden Notstand als horizontales Verhältnis auffassen, in welchem die Rechtsgüter des einen unmittelbar zugunsten des anderen geopfert werden. Demnach entspringt die Duldungspflicht des Eingriffsopfers auf der einen und das Eingriffsrecht des Notstandstäters auf der anderen Seite<sup>303</sup> einem Gebot zwischenmenschlicher Solidarität.<sup>304</sup> Aufgrund der „Idee einer wechselseitigen und

<sup>302</sup> Näher dazu unten D.III.2, S. 304 ff.; der Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 GG, auf den sich *Greco* bezieht (*Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (47)), unterscheidet ebenfalls nicht zwischen Ordnungsrecht und materiellem Recht.

<sup>303</sup> *Küper*, JZ 2005, 105 (107) weist darauf hin, dass das Solidaritätsmodell sich primär auf die Duldungspflicht des Eingriffsopfers und weniger auf die Eingriffsbefugnis des Notstandstäters bezieht. Dass dies berechtigt ist, weist *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 308 f. nach.

<sup>304</sup> *Coninx*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 175 (190 ff.); *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 3; *ders.*, GA 2010, 15 (20 f.); *ders.*, GA 2017, 242 (247 ff.); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 10; *ders.*, JuS 2010, 17 (18); *Fischer*, § 34 Rn. 2; *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (439); *Hörnle*, JuS 2009, 873 (876); *dies.*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, S. 149 (170); *Jakobs*, AT, 11/3; *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 283 f.; *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 192; *Kühl*, FS Lenckner, S. 143 (157); *ders.*, FS Hirsch, S. 259 ff.; *ders.*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 93 (100 f.); *ders.*, AT, § 8 Rn. 9 f.; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 53 f.; *ders.*, FS Dahs, S. 81 (91–93); *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (183 ff.); *ders.*, JZ 2007, 373 (384); *Meyer*, GA 2004, 356 (361 ff.); *Neumann*, JRE 2 (1994), 83 (87); *ders.*, ZStW 116 (2004), 751 (761); *ders.*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (164 ff.); *ders.*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (589 ff.); *NK/ders.*, § 34 Rn. 9 ff.; *Petersen*, JA 2017, 502; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr,

gemeinschaftlichen Verbundenheit zwischen verschiedenen Personen<sup>305</sup> könne der Notstandstäter vom Opfer verlangen, das eigene Interesse situativ zurückzustellen, wenn dadurch ein wesentlich überwiegendes Interesse bewahrt wird.<sup>306</sup> Dem Autonomieprinzip nach *Kant* sei das Solidaritätsprinzip gegenüberzustellen, und § 34 StGB stelle einen Ausgleich zwischen diesen beiden Prinzipien her.<sup>307</sup>

Für eine solche auf intersubjektive Solidarität bezogene Konzeption finden sich verschiedene, sich teils überschneidende Herleitungen. Manche bezeichnen Solidarität als ebenso wie die Autonomie nicht weiter ableitbaren Grundsatz der Rechtsordnung<sup>308</sup> oder integralen Bestandteil des Begriffs des Rechts.<sup>309</sup> Andere begründen die Abkehr von einem rein liberalen Rechtsverständnis der negativen Freiheit mit der Hinwendung zum *sozialen* Rechtsstaat, in welchem die Einschränkung liberaler Prinzipien zugunsten einer gesamtgesellschaftlichen Solidarität fester Bestandteil sei.<sup>310</sup> Außerdem berufen sich viele auf eine Reihe anderer Rechtsinstitute, die als Ausfluss des Solidaritätsprinzips angesehen werden könnten.<sup>311</sup> Manche nehmen auch unmittelbar auf die gefährdete Person Bezug und begründen die Solidaritätspflicht als eine Form des Altruismus.<sup>312</sup> Mit seinem solidarischen Verhalten bringe das Eingriffsoffer der Würde und den Interessen des Notstandstäters Achtung entgegen.<sup>313</sup> Schließ-

---

S. 196 ff., 238 ff.; *Rösinger*, in: Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (140 ff.); *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 61 ff.; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 284 ff. und 303–321; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 8; *Zimmermann*, Rettungstötungen, S. 48 ff.

<sup>305</sup> *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 61; ähnlich *Frisch*, GA 2016, 121 (125); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 60; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 58 f.

<sup>306</sup> *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (164); *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 61 (63).

<sup>307</sup> *NK/Neumann*, § 34 Rn. 9a; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 188 ff.; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 33, 124, 731 f. und passim; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 12 (2018), 59 (67); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 230; *Perdomo-Torres*, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 36.

<sup>308</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 197.

<sup>309</sup> *Rösinger*, in: Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (138).

<sup>310</sup> *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (165 f., 169); *ders.*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (590); ähnlich *Hoyer*, FS Küper, S. 173 (179 f.); *Joerden*, in: v. Hirsch/Neumann/Saliger (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 49 ff.; *Meyer*, GA 2004, 356 (363 f.).

<sup>311</sup> Insbesondere § 323c StGB, siehe *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 10; *ders.*, JuS 2010, 17 (18); *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (442); *ders.*, GA 2016, 121 (122); *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 262; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 95; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 9; *Rösinger*, in: Papathanasiou et al. (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, S. 129 (143).

<sup>312</sup> So für § 323c StGB: v. *Hirsch/Schorscher*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 77 (86).

<sup>313</sup> V. *Hirsch/Schorscher*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 77 (86); ähnlich *Maihold*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 131 (153 f.).

lich greift eine letzte Gruppe auf einen modernen Kontraktualismus im Anschluss an *Rawls* zurück.<sup>314</sup> Dieser Ansatz verdient nähere Betrachtung.

Wie gesehen wendet sich *Rawls* gegen den Utilitarismus (oben b)bb(3), S. 103 ff.) und sucht nach Grundsätzen für die gesellschaftliche Grundstruktur, auf die sich die Menschen als freie und gleiche Parteien in einer fairen Verhandlungssituation einigen würden.<sup>315</sup> Als Zusammenfassung der Bedingungen einer solchen Verhandlungssituation entwickelt *Rawls* das Bild des Urzustands, der sich insbesondere durch einen „Schleier des Nichtwissens“ auszeichnet: Damit niemand Vor- oder Nachteile aus kontingenten und zufälligen Tatsachen (natürliche Begabungen, soziale Stellung, ökonomische Lage o. ä.) ziehen und die Gerechtigkeitsgrundsätze dadurch auf seine eigenen Verhältnisse zuschneiden kann, habe man sich eine Situation vorzustellen, in der den Verhandlungsparteien all diese für die Gerechtigkeit unerheblichen Umstände unbekannt seien.<sup>316</sup> Während *Rawls* mithilfe dieser Überlegung u. a. eine „natürlichen Pflicht“ zur gegenseitigen Hilfeleistung (wie sie rechtlich § 323c StGB vorsieht) begründet, die von den Parteien im Urzustand vereinbart würde,<sup>317</sup> nutzen viele Autoren in der strafrechtlichen Literatur den Urzustand nach *Rawls* zur Legitimation des rechtfertigenden Notstands. Hinter dem „Schleier des Nichtwissens“<sup>318</sup> bzw. „Schleier der Unsicherheit“<sup>319</sup> wüssten die Parteien nicht, ob sie in einer potentiellen Notlage selbst in Gefahr geraten und auf fremde Hilfe angewiesen sind oder sich als Opfer einem solchen Eingriff ausgesetzt sehen, um Gefahren von anderen abzuwenden. Deshalb einigten sich die Menschen als rationale Egoisten<sup>320</sup> auf eine

<sup>314</sup> *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (183 ff.); ebenso *Engländer*, GA 2017, 242 (249); *Meyer*, GA 2004, 356 (365 f.); *Neumann*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (590 f.); *Zimmermann*, Rettungstötungen, S. 48 ff., 72 ff. und 86; vgl. auch *Coninx*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 175 (194 f.).

<sup>315</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 27 ff. und passim.

<sup>316</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 28 ff., 36 ff., 159 ff.; *ders.*, Politischer Liberalismus, S. 89 ff. und 421 ff.

<sup>317</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 136, 373 ff. und 478. Dazu, dass natürliche Pflichten Gegenstand der Übereinkunft im Urzustand sind, danach aber unbedingt und unabhängig von einer freiwilligen Handlung der Betroffenen gelten, siehe *Rawls*, a. a. O., S. 137. Jedenfalls die grundlegenden natürlichen Pflichten werden bei *Rawls* durch das Strafrecht durchgesetzt, vgl. a. a. O., S. 349.

<sup>318</sup> *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (185).

<sup>319</sup> *Engländer*, GA 2017, 242 (249).

<sup>320</sup> Der Begriff des rationalen Egoisten (z. B. *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (184)) ist dabei mit Vorsicht zu verwenden: Die Menschen im Urzustand bei *Rawls* sind nicht notwendig Egoisten, sie befinden sich nur im Zustand einer gegenseitigen Desinteressiertheit (vgl. auch *Merkel*, a. a. O., S. 184). Man nimmt kein Interesse an den Interessen anderer und ist nicht bereit, seine eigenen Interessen für andere aufzuopfern. Dass sich die eigenen Interessen in egoistischer Weise nur auf das eigene Wohl beziehen, ist damit nicht vorausgesetzt. Zu alledem *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 30 und 151–152. Auf der Output-Seite ist die Einigung auf egoistische Grundsätze im Urzustand ohnehin nicht möglich (*Rawls*, a. a. O., S. 155, 158 f.), aber das ist hier auch nicht gemeint. Allgemein dazu, dass die Theorie der Gerechtigkeit als Fairness keine egoistische Theorie ist, *Rawls*, a. a. O., S. 171–173.

Regelung, die ihnen zwar den Zugriff auf fremde Güter zur Abwehr einer Gefahr für eigene Güter erlaubt, diese Befugnis aber auf das dem potentiellen Eingriffsoffer Zutunbare beschränkt.<sup>321</sup> Dieser Duldungspflicht werde entweder aus Klugheitserwägungen zugestimmt, damit man sich als Notstandstäter in potentiellen Notstandslagen mithilfe der Rechtsgüter anderer retten kann,<sup>322</sup> oder sie stelle ein Gebot der Fairness dar,<sup>323</sup> wenn man selbst ebenfalls von ihr Gebrauch machen will (oder in der Vergangenheit von ihr Gebrauch gemacht hat). Zusammenfassend sieht *Engländer* in § 34 StGB eine „versicherungsgleichen Regelung auf Gegenseitigkeit“.<sup>324</sup> Damit würden die Güter der Personen besser geschützt als in einem liberalen System negativer Freiheiten.<sup>325</sup> Kurzfristige Eigeninteressen würden im langfristigen Eigeninteresse hintangestellt.<sup>326</sup> Und weil es hier um die Normbegründung und nicht um die Normbefolgung gehe, sei dabei irrelevant, ob das Eingriffsoffer in der konkreten Situation einem Eingriff zustimmt oder nicht.<sup>327</sup>

Unabhängig von der Herleitung nimmt der Solidaritätsansatz für sich in Anspruch, § 34 StGB allein mit Blick auf die individuellen Freiheitssphären zu legitimieren und ohne kollektivistische Prämissen auszukommen.<sup>328</sup> Außerdem könne die Theorie die einzelnen Merkmale des § 34 StGB, insbesondere das Erfordernis eines *wesentlichen* Überwiegens des geschützten Interesses als Zumutbarkeitsgrenze und Ergebnis der Abwägung zwischen Autonomie- und Solidaritätsprinzip<sup>329</sup> und die Schadensersatzpflicht *des Notstandstäters* nach § 904 S. 2 BGB,<sup>330</sup> erklären.

<sup>321</sup> Zu einer vergleichbaren Begründung neben den oben C. Fn. 314 Genannten auch *Coninx*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, S. 175 (193 ff.); *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 92 ff.; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 10; *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (439); *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, S. 61 ff.; *Schumann*, *Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat*, S. 311 ff.; *Zimmermann*, *Rettungstötungen*, S. 48 ff.

<sup>322</sup> *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 92 f.; *ders.*, GA 2010, 15 (20); *Matt/Renzikowski/ders.*, § 34 Rn. 3.

<sup>323</sup> Dargestellt bei *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 75 ff.; angesichts der Einordnung der Hilfeleistungspflicht als „natürliche Pflicht“ bei *Rawls* ist die Herleitung des Notrechts aus dem Grundsatz der Fairness (zur Unterscheidung *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 135, 378 ff.) nicht ganz konsequent.

<sup>324</sup> *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 20; *ders.*, GA 2010, 15 (20); *ders.*, GA 2017, 242 (247); *Matt/Renzikowski/ders.*, § 34 Rn. 3; siehe auch *Merkel*, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.* (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, S. 171 (185): „social insurance policy“.

<sup>325</sup> *Engländer*, GA 2017, 242 (249); vgl. auch *ders.*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 93.

<sup>326</sup> *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, S. 61 (63).

<sup>327</sup> *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 94 f.; *Merkel*, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.* (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, S. 171 (185 f.); *Zimmermann*, *Rettungstötungen*, S. 77 ff.

<sup>328</sup> *NK/Neumann*, § 34 Rn. 9.

<sup>329</sup> *Engländer*, GA 2017, 242 (251); *Matt/Renzikowski/ders.*, § 34 Rn. 3; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 11; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 8.

<sup>330</sup> *Rösinger*, in: *Papathanasiou et al.* (Hrsg.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht*, S. 129 (150).

### bb) Auswirkungen auf den Vorrang staatlicher Verfahren

Die Legitimation des rechtfertigenden Notstands durch das Solidaritätsprinzip hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Verhältnis zu staatlichen Verfahren. Zwar wird auch von den Vertretern des Solidaritätskonzepts ein wie auch immer ausgestalteter Vorrang staatlicher Verfahren propagiert – hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine inhaltliche Folge des Solidaritätsprinzips, sondern um eine Begrenzung desselben von außen zugunsten staatlich organisierter Solidarität oder des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>331</sup> Alle Aussagen zum Verhältnis zwischen dem durch das Solidaritätsprinzip legitimierten rechtfertigenden Notstand und staatlichen Verfahren leiten sich aus einem bestimmten *Staats-*, nicht aber aus einem bestimmten *Notstandsverständnis* ab.<sup>332</sup> Aus sich heraus vermag das Solidaritätsprinzip also Aussagen zum Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB nicht zu begründen. Wer den Notstandskonflikt als Frage intersubjektiver Solidarität versteht, exkludiert den Staat aus der Notstandstheorie und kann deshalb allein auf deren Grundlage keine Aussage zum Verhältnis zwischen Staat und Notstand treffen. Man muss stattdessen auf notstandsexterne Kriterien zurückgreifen.

Allerdings, und dies unterscheidet den Solidaritätsansatz vom Prinzip der Interessenabwägung und von *Helmers* und *Greco*, behält diese Konzeption den Vorrang staatlicher Verfahren dennoch im Blick. Der mit dem Prinzip intersubjektiver Solidarität begründete rechtfertigende Notstand stellt nicht jede Rechtsnorm unter den Vorbehalt einer abweichenden Interessenabwägung, sondern führt nur dazu, dass die (straf-)rechtliche Ordnung negativer Freiheiten in begrenztem Umfang für solidarische Aufopferungspflichten geöffnet wird. Wenn man das Solidaritätsprinzip in Ergänzung zum Autonomieprinzip versteht, tritt § 34 StGB den anderen, insbesondere den autonomiesichernden Normen gleichberechtigt gegenüber, steht aber nicht über ihnen.<sup>333</sup> Damit lässt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren überhaupt erst sinnvoll stellen (wenngleich noch nicht beantworten).

### cc) Kritik

Kritisiert wird an der Notstands begründung mit dem Prinzip intersubjektiver Solidarität vieles.<sup>334</sup> Zunächst monieren viele eine begriffliche Unschärfe. Solidarität

<sup>331</sup> Exemplarisch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 35; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 254 ff.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 175 ff.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119 ff.; vgl. auch *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 54; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324 f.

<sup>332</sup> Freilich kann sowohl das Notstands- als auch das Staatsverständnis auf dieselbe Art und Weise hergeleitet werden, siehe z. B. *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 321 ff.

<sup>333</sup> Vgl. auch *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 191 ff.

<sup>334</sup> Kritik insbesondere bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (22 ff. und 31 ff.); *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 255–260; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 67–79.

klinge zwar gut, doch bleibe unklar, was damit konkret gemeint ist.<sup>335</sup> Außerdem werde nicht überzeugend begründet, wie aus einer moralisch zwar womöglich legitimen Solidaritätspflicht ein „Rechtswang zur Solidarität“<sup>336</sup> werden kann.<sup>337</sup> V. a. bei einer Begründung über den Gedanken des Altruismus werde deutlich, dass es nur um eine innere Motivlage der Beteiligten gehe, auf die zuzugreifen dem Recht verwehrt sei; Nächstenliebe könne nicht durch Gesetz verordnet werden.<sup>338</sup> Auch die Begründung über das rationale Eigeninteresse der Beteiligten im Sinne Rawls' überzeuge nicht. Unklar bleibe, weshalb die hypothetische Zustimmung hinter dem Schleier des Nichtwissens in der empirischen Welt verpflichtend sein soll.<sup>339</sup> Zudem würden Motivations- und Verpflichtungsgrund vertauscht: Dass es klug ist, sich auf ein Geschäft einzulassen, bedeute nicht, dass man dazu auch verpflichtet werden könne.<sup>340</sup> Das Solidaritätsmodell übergehe den individuellen Willen ebenso wie das Recht, Unvernünftiges zu tun, und erweise sich dadurch als paternalistisch.<sup>341</sup> Offen bleibe zudem, weshalb der Einzelne, der sich im Rahmen der Normbegründung rational-egoistisch verhalte, im konkreten Notstandsfall nicht auch egoistisch handle und zum Trittbrettfahrer werde.<sup>342</sup> Der Fairnessgedanke schließlich führe zu einem infiniten Regress, in welchem die jeweils erste Solidaritätspflicht nicht erklärt werden könne.<sup>343</sup> Auch werde so die Duldungspflicht im Notstand doch wieder zu einer Pflicht gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber dem Gefährdeten, könne doch nur die Gesellschaft behaupten, das die Hilfe verweigernde Opfer verhalte sich unfair.<sup>344</sup>

#### f) Stellungnahme zur Legitimationsfrage

Trotz der soeben beschriebenen Kritik folgt diese Arbeit der Legitimation des § 34 StGB durch das Prinzip intersubjektiver Solidarität. Der rechtfertigende Notstand betrifft allein ein horizontales Verhältnis zwischen dem Inhaber des Erhaltungsguts und dem Eingriffsoffer, an welchem der Staat als solcher *vorerst* unbeteiligt ist. Das

<sup>335</sup> Frisch, GA 2016, 121 (124f.); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 59 ff.; ders., JRE 22 (2014), 137 (143 f.); zu einem materiell begründeten Einwand wird dies bei Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 259; siehe auch Kühn, FS Hirsch, S. 259 (267).

<sup>336</sup> Gallas, ZStW 80 (1968), 1 (24).

<sup>337</sup> Zum Folgenden Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 259; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 129 f.

<sup>338</sup> Frisch, GA 2016, 121 (125 f.); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 62.

<sup>339</sup> Greco, ZStW 134 (2022), 1 (32); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 66 und 69 f.

<sup>340</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 75 ff.; ders., JRE 22 (2014), 137 (149); ähnlich Frisch, GA 2016, 121 (127); Greco, ZStW 134 (2022), 1 (32); Küper, JZ 2005, 105 (110); v. Hirsch/Schorscher, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 77 (82).

<sup>341</sup> Greco, ZStW 134 (2022), 1 (32 f.).

<sup>342</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 71 ff.; ebenso Helmers, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 338 f.

<sup>343</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 76.

<sup>344</sup> Pawlik, JRE 22 (2014), 137 (152).

Solidaritätsprinzip fungiert als Gegenpol zum Autonomieprinzip,<sup>345</sup> und § 34 StGB bringt beide Prinzipien zu einem angemessenen Ausgleich.

Wie gesehen widerspricht der rechtfertigende Notstand mit seiner Folgenorientierung,<sup>346</sup> der Berücksichtigung materieller Bedingungen der Freiheitsverwirklichung und dem Eingriff in subjektive Rechte eines unbeteiligten Dritten einem an *Kant* orientierten liberalen Rechtsdenken in absolut gültigen Verboten, negativen Freiheitsrechten und absolut geschützten subjektiven Rechten.<sup>347</sup> Dass sich die Strafrechtswissenschaft mit der Anerkennung des rechtfertigenden Notstands so schwer tut, liegt nun daran, dass dieses liberale Denken oft nicht nur Ausgangs-<sup>348</sup>, sondern auch Endpunkt des Nachdenkens über das Recht ist. Damit verschließt man sich aber der rechtlichen, philosophischen, politischen und gesellschaftlichen Entwicklung der letzten rund 200 Jahre seit *Kant*. Dass weder die Gesellschaft noch die Rechtsordnung beim liberalen und kantischen Rechtsdenken stehen blieben,<sup>349</sup> zeigt bereits ein cursorischer Blick in das geltende Recht. Schon das Straf- und Strafprozessrecht ist weniger streng an der negativen Freiheit ausgerichtet und bezieht mehr solidarisch begründete Pflichten ein, als dies seine wissenschaftliche Verklärung<sup>350</sup> vermuten lässt. Man denke nur an sozialetische Grenzen der Notwehr,<sup>351</sup> die Begrenzung der Defensivnotstandsbefugnis,<sup>352</sup> an § 323c StGB<sup>353</sup> oder die Zeugenpflicht im Strafprozess.<sup>354</sup> Solidarität – nun unter Staaten – spielt auch eine Rolle im Strafanwen-

<sup>345</sup> Siehe oben C. Fn. 307; ebenso *Coca-Vila*, ZStW 130 (2018), 959 (979), allerdings mit *Pawlik* als Referenzpunkt; kritisch schon hier *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 258 f.

<sup>346</sup> Zum konsequentialistischen Element des § 34 StGB auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 110 und 173 ff.; *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (182 f.); *Neumann*, JRE 2 (1994), 81 (86); *ders.*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (160); NK/*ders.*, § 34 Rn. 6; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 55.

<sup>347</sup> Siehe auch *Neumann*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (589 f.) zum Konflikt zwischen Solidaritätsprinzip und liberalem Rechtsdenken im Sinne *Kants*.

<sup>348</sup> *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 34; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 12 (2018), 59 (67); *Kühl*, FS Hirsch, S. 259; *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 30 ff.

<sup>349</sup> Vgl. im hiesigen Zusammenhang *Neumann*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 155 (165 f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 113 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 185 ff.; siehe zu „strafrechtlichen Metatheorien“ und der Entwicklung der letzten 50 Jahre auch *Kubiciel*, FS Juristische Fakultät Augsburg, S. 183 (196 ff.); allgemein *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 468 ff.; hierzu unten D.IV.2.b), S. 360 ff.

<sup>350</sup> *Gärditz*, JZ 2015, 641 (648): Kernstrafrecht als intellektueller Walden Pond.

<sup>351</sup> Vgl. z. B. *Kühl*, FS Hirsch, S. 259 (263); *Pawlik*, Jura 2002, 26; *ders.*, GA 2003, 12 (14); *Perdomo-Torres*, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, S. 17; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 172–173. Von den Vertretern des Prinzips der Interessenabwägung werden diese Einschränkungen aus dem Interessenabwägungsgrundsatz abgeleitet, siehe *Lenckner*, GA 1985, 295 (307).

<sup>352</sup> Dazu noch unten C.III.2, S. 157 ff.

<sup>353</sup> *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (441 f.); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 94 ff.; vgl. auch die oben C. Fn. 311 Genannten.

<sup>354</sup> Hinweis bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (24).

dungsrecht und begründet das Abrücken vom strengen Souveränitätsdenken z. B. beim Weltrechtsprinzip und dem Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege.<sup>355</sup> Gleiches gilt für die Verfassung.<sup>356</sup> Mit der Menschenwürde und Art. 2 Abs. 1 GG nimmt das GG zwar seinen Ausgangspunkt bei der Garantie formal-negativer Freiheitsräume, doch steht dies von vornherein in einem Spannungsverhältnis zum Sozialstaatsprinzip.<sup>357</sup> Die Bürger stehen sich nicht als zufällige Untertanen desselben Herrschers gegenüber, sondern es besteht ein Mindestmaß an Solidarität untereinander.<sup>358</sup> „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“<sup>359</sup> Der „Grundrechtsbürger [ist] kein sozialer Robinson.“<sup>360</sup> Dass schließlich auch andere Rechtsgebiete (Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, Versicherungsrecht, Steuerrecht usw.)<sup>361</sup> mehr oder weniger stark vom Denken in negativen Freiheitsräumen zugunsten einer sozialstaatlichen Korrektur der Asymmetrien wirtschaftlicher Machtpositionen<sup>362</sup> o. ä. abrücken, sei hier nur angedeutet.<sup>363</sup> Mit dem Verweis auf die Rechtswirklichkeit ist zwar noch keine Legitimation derselben geleistet,<sup>364</sup> doch illustriert all dies, dass die Entwicklung insgesamt nicht bei *Kant* stehen blieb. Dann sollte es die Strafrechtswissenschaft auch nicht tun.<sup>365</sup> V. a. die Rechtfertigungsgründe reflektieren dabei solche „Wandelungen in den politischen Grundanschauungen.“<sup>366</sup> Infolgedessen fällt es nicht mehr schwer, dem Autonomieprinzip das Solidaritätsprinzip gegenüber zu stellen und den rechtfertigenden Notstand von der Irregularität in die Normalität zu führen.

Im Vergleich zu den anderen Ansätzen kann dabei allein das Solidaritätskonzept für sich in Anspruch nehmen, nicht von einer mehr oder weniger starken kollektivistischen oder etatistischen Prämisse auszugehen, sondern primär die betroffenen In-

<sup>355</sup> Schönke/Schröder/Eser/Weißer, Vor §§ 3–9 Rn. 25 und 26; zum Weltrechtsprinzip auch *Boe*, ZStW 134 (2022), 926 (945–947) m. w. N.

<sup>356</sup> Zusammenfassend *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 149 ff.

<sup>357</sup> Das Verhältnis zwischen Sozialstaat und Solidaritätsprinzip wird unterschiedlich beurteilt: Manchen zufolge beruht der Sozialstaat auf einem vorausgesetzten Solidaritätsprinzip (*Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 209), andere sehen im Sozialstaatsprinzip den Grund für das Solidaritätsprinzip (*Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 197). Eine Verbindung zwischen § 34 StGB und dem sozialen Rechtsstaat ziehen auch die in oben C. Fn. 310 Genannten.

<sup>358</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 28.

<sup>359</sup> BVerfGE 4, 7 (15 f.).

<sup>360</sup> *Ossenbühl*, FS Eichenberger, S. 183 (184).

<sup>361</sup> Vgl. auch die Hinweise bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (24).

<sup>362</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 488.

<sup>363</sup> Beispiele bei *Kühl*, FS Hirsch, S. 259; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 275 ff.

<sup>364</sup> *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (439); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (24 f.).

<sup>365</sup> Vgl. auch *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (347); *ders.*, JZ 2016, 641 (648); *Hörnle*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, S. 1265 (1274).

<sup>366</sup> *Schroeder*, FS Maurach, S. 127 zur Notwehr; vgl. auch *Arzt*, FS Schaffstein, S. 77 ff.

dividuen im Blick zu haben. Während alle anderen Theorien individuelle Interessen nur vermittelt über den Gesamtnutzen („utilitaristische“ Notstandstheorie), den Staat (*Pawlik*), die praktische Vernunft (*Helmers*) oder den gesellschaftlichen Anteil am Rechtserwerb (*Greco*) berücksichtigen, leistet das Prinzip intersubjektiver Solidarität eine Begründung des rechtfertigenden Notstands mit unmittelbarem Bezug auf die beteiligten Individuen. Das Eingriffsopfer muss die Beeinträchtigung im konkreten Fall zugunsten des sich in Not befindlichen Täters – mit *Rawls* sogar mittelbar zu seinen eigenen Gunsten – und nicht zugunsten des Gesamtnutzens, des Staates, der Vernunft usw. dulden.<sup>367</sup> Das entspricht nicht nur dem an den individuellen Grundrechten ausgerichteten Rechtsstaat des GG, sondern auch am ehesten der Erfahrung der Beteiligten, die sich in der Notlage weder als Repräsentant des Staates oder der Allgemeinheit noch als im gesamtgesellschaftlichen Gütermaximierungsinteresse handelnd wahrnehmen, sondern „auf sich allein gestellt“ sind und sich gegenseitig helfen müssen.<sup>368</sup>

Außerdem stärkt der Solidaritätsansatz die Rolle des Eingriffsopfers. Was von Kritikern häufig als Schwäche angeführt wird,<sup>369</sup> gereicht ihm richtigerweise zum Vorteil: Indem man dem Autonomieprinzip das Solidaritätsprinzip gegenüberstellt, macht man deutlich, dass dem Eingriffsopfer durch den Notstandeingriff etwas genommen wird, das ihm an sich zusteht. Bei monistischen Ansätzen, die Autonomie und Notrecht auf ein gemeinsames Grundprinzip zurückführen, ist die Position des Opfers, in die eingegriffen wird, dagegen von vornherein mit immanenten Schranken versehen, und das Opfer verliert durch die Tat nichts.<sup>370</sup> Indem *Helmers* versucht, das Notstandsrecht so zu formulieren, „dass rechtlich durch die Notstandstat niemand etwas verliert, weil es ihm unter den eingetretenen Bedingungen [...] eben rechtlich gar nicht zusteht“,<sup>371</sup> oder das Eingriffsopfer in *Greco*s Notstandstheorie die erworbenen Rechte von vornherein nur auflösend bedingt erwirbt,<sup>372</sup> geht es bei der gerechtfertigten Handlung nicht mehr um einen *Eingriff* in Rechte des Opfers, der unter besonderem Rechtfertigungsdruck steht, sondern nur noch um die Verwirklichung immanenter Schranken dieser Rechte des „Opfers“ (das dadurch normativ gar kein Opfer ist). Man versucht also, das Problem der Vereinbarkeit von Notrecht und Autonomie dadurch zu lösen, dass beide Momente bereits im Zeitpunkt der Konstituierung der subjektiven Rechte, d. h. *bevor* es zu einem konkret-situativen Konflikt

<sup>367</sup> Vgl. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 193 f. und 199; deutlich wird dieser Unterschied auch bei *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 208 f.

<sup>368</sup> Ähnlich zu § 32 StGB *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 137 f.; vgl. auch *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 54 und 139 f.

<sup>369</sup> Exemplarisch *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 259.

<sup>370</sup> Vgl. auch *Bergelson*, Criminal Law and Philosophy 6 (2012), 289 (292 f.); dargestellt auch bei *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (50), jeweils im Zusammenhang mit der Schadensersatzpflicht des Notstandstäters.

<sup>371</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 247; ohne die Hervorhebungen des Originals.

<sup>372</sup> Vgl. *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (41 f.); dazu, was das Opfer bei *Greco* „verliert“, siehe ebd., S. 51.

zwischen ihnen kommt, in Einklang gebracht werden.<sup>373</sup> Vergleichbares geschieht bei Pawlik: Die Position des Eingriffsopfers bleibe „ihrer begrifflichen sowie inhaltlichen Substanz nach [...] aufgehoben (im Sinne von erhalten)“,<sup>374</sup> seine Freiheit werde nicht aufgeopfert, sondern verwirklicht.<sup>375</sup> Auch hier verliert das Opfer also nichts. Schränkt man hingegen die Autonomie bzw. die subjektiven Rechte des Eingriffsopfers aufgrund des Solidaritätsprinzips *von außen* ein, steigt erstens der Legitimationsdruck für diese Einschränkung, und es lässt sich zweitens begründen, dass diese Rechte trotz des Eingriffs dem Grunde nach bestehen bleiben und sich z. B. in einem Schadensersatzanspruch *gegen den Täter* fortsetzen, § 904 S. 2 BGB (analog).<sup>376</sup> Weil seine Position durch externe Beschränkungen zuerst geschwächt wird, kommt dem Eingriffsoffer also im Ergebnis eine stärkere Stellung als nach anderen Ansätzen zu.

Demgegenüber sind die gegen das Konzept erhobenen Einwände unbegründet. Zunächst kann dem Ansatz angesichts vieler Arbeiten zum Thema eine mangelnde begriffliche Bestimmtheit nicht vorgeworfen werden.<sup>377</sup> Der Solidaritätsbegriff wird zwar in verschiedenen Zusammenhängen verwendet – politisch, theologisch, moralisch, rechtlich – doch teilt er diese Eigenschaft mit anderen Begriffen (auch dem der Freiheit) und verliert dadurch nicht seine Fähigkeit, klare Konturen zu erhalten.<sup>378</sup> Mit der Idee gegenseitiger Verbundenheit der Menschen und der Verantwortung und Sorge füreinander ist sein Inhalt hinreichend bestimmt.<sup>379</sup> Darüber hinaus gehende Anforderungen an die Bestimmtheit beruhen auf dem übertriebenen Anspruch, alle Einzelfragen bereits durch die bloße Begriffsbestimmung klären zu können – ein Anspruch, der gegenüber anderen Begriffen der theoretischen Sphäre ebenfalls weder (berechtigt) erhoben noch von diesen (überzeugend) eingelöst wird.<sup>380</sup>

Des Weiteren besteht richtig betrachtet keine Gefahr eines Trittbrettfahrertums.<sup>381</sup> Erstens muss wie bereits beschrieben bedacht werden, dass sich die Diskussion auf der Ebene der *Normbegründung* befindet und diese von der *Normbefolgung* zu unter-

<sup>373</sup> Zum Phänomen allgemein *Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1993; aufgegriffen bei *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 320 f.; siehe auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 43 V.

<sup>374</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 139; dazu, wie dies erreicht wird, siehe ebd., S. 255 ff.

<sup>375</sup> Kritisch auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (28).

<sup>376</sup> *Bergelson*, Criminal Law and Philosophy 6 (2012), 289 (292 f.); anders aus Sicht des Solidaritätsprinzips aber *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 192.

<sup>377</sup> Siehe nur *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 58 ff. und ausführlich 223 ff. (wenngleich als Vertreterin eines an *Pawlik* orientierten Ansatzes); weiterhin etwa *Meyer*, GA 2004, 356 (362 ff.).

<sup>378</sup> *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 58.

<sup>379</sup> Siehe oben C. Fn. 305.

<sup>380</sup> *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 58; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 286. Man denke beim Freiheitsbegriff nur an die Frage, *wann* eine Verletzung des Autonomieprinzips vorliegt, und an Zurechnungsfragen (vgl. etwa *Jakobs*, FS Saito, S. 17 (23 f.); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 212; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 42 ff.). Übertrieben daher die Kritik bei *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 259.

<sup>381</sup> Allgemein dazu *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 300 f., 370 f., 378, 539 f. und 624 ff.

scheiden ist.<sup>382</sup> Nimmt man den Schleier des Nichtwissens zur Hilfe, so weiß in der hier interessierenden Lage der Betroffene noch gar nicht, ob er sich im konkreten Einzelfall in der Rolle des Notstandstäters oder des Opfers befindet, und muss daher vernünftigerweise die schlimmere Möglichkeit für mindestens ebenso wahrscheinlich halten.<sup>383</sup> Auf Ebene der Legitimation des § 34 StGB kann man also gar kein Trittbrettfahrer sein. Die Vereinbarung eines Notrechts aus rationalem Eigeninteresse ergibt zudem nur Sinn, wenn sichergestellt ist, dass sich jedermann an die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten hält. Die Menschen in *Rawls'* Urzustand einigen sich nur auf Grundsätze, die von allen eingehalten werden.<sup>384</sup> Wer die Norm für den Fall, dass ihm die Rolle des Eingriffsopfers zukommt, nicht befolgen will, kann nicht darauf vertrauen, dass andere sie befolgen, wenn er sich in der Notlage befindet.<sup>385</sup> Schließlich belegt die (zu Unrecht) beschworene Gefahr des Trittbrettfahrers lediglich das Bedürfnis, nicht bei einer nur moralischen Solidaritätspflicht stehen zu bleiben, sondern mit § 34 StGB für Erwartungssicherheit zu sorgen.<sup>386</sup>

Dies leitet über zum wohl wichtigsten Kritikpunkt am Solidaritätsansatz: Solidarität sei als Rechtspflicht nicht zulässig, einen „Rechtswang zu Solidarität“ dürfe es wegen der Trennung von Recht und Moral, der Unzulässigkeit eines rechtlichen Zugriffs auf Interna der Menschen nicht geben.<sup>387</sup> Die Prämissen dieses Arguments werden selten offengelegt. Bevor hierzu Stellung bezogen wird, kann der Einwand schon mit einem Hinweis auf ein Missverständnis ausgeräumt werden. Richtig betrachtet zwingt das Notrecht gar nicht zu Solidarität, sondern lediglich zu äußerem Verhalten, das regelmäßig Ausdruck von Solidarität wäre. Auch bei § 34 StGB geht es allein um die rechtliche Beurteilung äußeren Verhaltens als erlaubt oder verboten. § 34 StGB führt nicht zu einem „Rechtswang zu Solidarität“, sondern nur zu einem Rechtswang zu äußerlichem Verhalten, welches ohne diesen Zwang regelmäßig aus der Motivation zwischenmenschlicher Solidarität geleistet würde.<sup>388</sup> Das Eingriffsopfer muss sich also nicht mit dem Gefährdeten solidarisch *fühlen*, sondern dem Gefährdeten wird erlaubt, einen Beitrag, der, würde er freiwillig geleistet, Ausdruck

<sup>382</sup> Ausführlich dazu *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 312 ff.

<sup>383</sup> *Coninx*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 175 (195 ff.); *Engländer*, GA 2017, 242 (250). Im Übrigen weiß man hinter dem Schleier des Nichtwissens auch nicht, ob man 80 Jahre alt oder ein reicher Bankier ist und deshalb in der Realität Einwände gegen eine auf *Rawls* gestützte Duldungspflicht in Notlagen haben könnte (so aber *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 73).

<sup>384</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 168 f.

<sup>385</sup> *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 95; *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 61 (62).

<sup>386</sup> *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 95; *ders.*, GA 2017, 242 (251); *Saliger*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 61 (75); *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 315 f.; *Zimmermann*, Rettungstötungen, S. 81 ff.; vgl. auch *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 30.

<sup>387</sup> Dagegen auch *Kühl*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 93 (100 f.).

<sup>388</sup> Ähnlich *Frisch*, GA 2016, 121 (125 f.).

von Solidarität wäre, unabhängig von einer solchen Gesinnung des Opfers einzuziehen.

In grundsätzlicher Hinsicht ist mit den Bedenken gegen einen „Rechtswang zu Solidarität“ das Problem der Grenzen des Rechts im Verhältnis zu moralischen Pflichten angesprochen. Man scheint mit der Kritik am Solidaritätsansatz strikt an *Kants* Trennung zwischen Recht und Moral im Sinne einer Unzulässigkeit der rechtlichen Regelung bloß moralischer Pflichten festhalten zu wollen, auch wenn die Ideengeschichte seit *Kant* verschiedene Möglichkeiten einer (vorsichtigen) Verbindung zwischen diesen Bereichen hervorgebracht hat.<sup>389</sup> Wie gesehen hat beispielsweise *Hegel* keine Probleme mit der Verrechtlichung einer Mindestsolidarität im Notrecht,<sup>390</sup> und auch bei *Jürgen Habermas* stellen moralische Gründe zumindest eine mögliche Rechtfertigung rechtlicher Handlungsnormen dar.<sup>391</sup> Die vorliegende Arbeit steht auf dem Standpunkt, dass verbindliche Einschränkungen der rechtlichen Regelungskompetenz des Gesetzgebers nur aus höherrangigem *Recht*, nicht jedoch aus in Verbindlichkeit und Fehlerfolgen unklaren überpositiven Erwägungen oder vorpositiven Rechtsbegriffen fließen können.<sup>392</sup> Folgt man dem, besteht *kein* Grund, eine Pflicht zur Solidarität *nicht* zu verrechtlichen.<sup>393</sup> Im Gegenteil gibt es (neben dem bereits zum Trittbrettfahrer Gesagten) mit *Habermas* sogar gute (funktionale) Gründe *für* eine rechtliche Institutionalisierung einer „Solidaritätspflicht“ in § 34 StGB (mit der soeben vorgenommenen Präzisierung).<sup>394</sup> Bei *Habermas* stehen Recht und Moral in einem Ergänzungsverhältnis, und das Recht dient u. a. dazu, Defizite bloß moralischer Normen auszugleichen.<sup>395</sup> Das Recht entlastet den Einzelnen durch die Faktizität der *Rechtssetzung* „von den kognitiven Bürden der eigenen moralischen Urteilsbildung“,<sup>396</sup> entbindet ihn durch die Faktizität der *Rechtsdurchsetzung* von den Anforderungen moralischer Normen an die Willensstärke und legt eindeutige Verantwortlichkeiten fest. Alle drei Umstände vereinigen sich in der Verrechtlichung der Solidaritätspflicht im rechtfertigenden Notstand.<sup>397</sup> Und dass sich mit der

<sup>389</sup> Siehe nur *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 63 ff. (insbesondere S. 85).

<sup>390</sup> *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 34 f.; beachte aber *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 213.

<sup>391</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 139.

<sup>392</sup> Vgl. BVerfGE 120, 224 (242 f.); *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 331; *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (624); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658 ff.); *ders.*, ZStW 129 (2017), 349 (354 ff.); vgl. auch *Pawlik*, Unrecht des Bürgers, S. 102 ff.; dazu allgemein noch unten C.II.3.b), S. 146 ff. und D.II.3.c), S. 229 ff.

<sup>393</sup> Vgl. auch *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 288 f.; allgemein kritisch zum traditionellen Dogma, es dürfe kein bloß unmoralisches Verhalten bestraft werden, *Kubiciel*, FS Merkel, Teilband 1, S. 529 (540 f.); *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 (361).

<sup>394</sup> Vgl. auch *Kühl*, FS Hirsch, S. 259 (272–274); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 67–73; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 317 ff.; siehe auch v. *Hirsch/Schorschner*, in: v. Hirsch/Neumann/Saliger (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, S. 77 (91).

<sup>395</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 135 ff., insbesondere 145 ff.

<sup>396</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 147.

<sup>397</sup> Exemplarisch zur Solidaritätspflicht in der Corona-Pandemie *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 95 f.

Verrechtlichung aus demokratietheoretischer Sicht auch ein „normatives Mehr“ im Sinne einer freien Entscheidung der Bürger für eine entsprechende Norm gegenüber einem bloß moralisch begründeten Gebot ergibt, wird der weitere Verlauf der Untersuchung noch zeigen.<sup>398</sup> Damit ist auch der grundsätzliche Einwand gegen einen „Rechtswang zu Solidarität“ entkräftet.

In dem Zusammenhang zeigt sich ein weiterer Unterschied zwischen dem Solidaritätskonzept und anderen Ansichten: Die bereits kritisierte Vorstellung vom rechtfertigenden Notstand als eine Brücke zwischen Recht und Moral (siehe oben b)cc)) lässt sich mit der Legitimation des § 34 StGB durch das Solidaritätsprinzip überwinden. Zwar wird im rechtfertigenden Notstand mit der Solidaritätspflicht eine Norm aus der moralischen Ebene aufgegriffen und zum Gegenstand rechtlicher Regelung gemacht, doch ist dieser Prozess durch die Anerkennung des rechtfertigenden Notstands abgeschlossen. Nach dem utilitaristisch geprägten Prinzip der Interessenabwägung wird der Rechtsanwender hingegen erst *infolge* der Anerkennung des rechtfertigenden Notstands dazu befähigt, mit diesem als Vehikel *andere* politisch-moralische Normen zu verrechtlichen. Sinn und Zweck des Notstands im Lichte des Solidaritätsprinzips ist es daher nicht, dass nur politisch-moralisch strafwürdiges Verhalten bestraft wird, d. h. das Strafrecht im Einzelfall mit der Moral deckungsgleich ist, sondern nur die Anerkennung des Notrechts in § 34 StGB setzt bestimmte (auch) moralisch begründete (oder begründbare) Pflichten rechtlich durch.<sup>399</sup>

Im Ergebnis spricht also für die Notstands begründung mithilfe des Solidaritätsprinzips, dass dessen Prämissen zu Recht und Staat am besten mit einem demokratischen Rechtsstaat vereinbar sind, es die Rolle des Eingriffsoffers stärkt und die gegen den Ansatz vorgebrachten Einwände nicht überzeugen. Für den Vorrang staatlicher Verfahren folgt daraus wie schon gesehen (siehe oben e)bb)) unmittelbar nur wenig. Ein solcher Vorrang kann nicht aus dem Solidaritätsprinzip abgeleitet werden, weil dieses allein hinter § 34 StGB steht und den Staat als solchen nicht berücksichtigt.<sup>400</sup> Wer nach dem Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlicher Gefahrenabwehr fragt, fragt also nach dem Verhältnis zwischen horizontaler Bürger-Bürger- und vertikaler Staat-Bürger-Beziehung und findet die Antwort hierfür von vornherein nicht in der intersubjektiven Solidarität selbst. Es wird sich sogleich zeigen, dass diese Unmöglichkeit einer Ableitung konkreter Vorgaben zum Vorrang staatlicher Verfahren aus der Notstandstheorie weniger eine Schwäche als eine Stärke dieses Ansatzes ist: Es

<sup>398</sup> Unten C.II.3, S. 145 ff., D.II.3.c), S. 229 ff. und D.IV.2, S. 359 ff.

<sup>399</sup> Anders die Einordnung des Solidaritätsansatzes bei *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (62); vgl. auch *Keller*, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 284.

<sup>400</sup> Insbesondere wäre die Ansicht, aus dem Solidaritätsansatz folge ein Notstandsbegriff, nach welchem die *Abwesenheit des Staates* Voraussetzung einer Notlage wäre, verfehlt. Allein aus der Behauptung, der rechtfertigende Notstand fuße auf dem Gebot zwischenmenschlicher Solidarität folgt noch nicht, dass diese Solidarität nur dann geleistet werden muss bzw. verlangt werden kann, wenn keine staatliche Hilfe verfügbar ist. Vielmehr lässt sich mit dem Solidaritätsprinzip theoretisch ebenso gut die Ansicht vereinbaren, dass Solidarität *trotz* oder *unabhängig* von der Verfügbarkeit staatlicher Hilfe geschuldet wird.

wird nichts versprochen, was auch von anderen nicht geleistet werden kann. An dieser Stelle ergibt sich hieraus aber, dass die Antwort auf die vorliegende Forschungsfrage nicht in der Notstandstheorie gefunden werden kann.

### 3. Die Außenperspektive: Methoden- und Demokratieproblem der Strafrechtswissenschaft

#### a) Der externe Blick auf die Diskussion

Nachdem die Legitimation des § 34 StGB grundsätzlich geklärt ist, nehmen die folgenden Überlegungen eine Beobachter- oder Außenperspektive auf die Diskussion ein. Diese externe Betrachtung der Debatte wird ergeben, dass sowohl die Anwendung als auch die Auslegung des rechtfertigenden Notstands in einen Konflikt mit rechts- und demokratietheoretischen Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats kommt. Daraus folgt eine weitere Ursache für die Vernachlässigung des hier untersuchten Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren in der Literatur.

Analysiert man die Ansichten und Argumente innerhalb der Legitimationsdiskussion, lassen sich einige Gemeinsamkeiten feststellen. Die meisten Diskutanten sehen sich in der Tradition bestimmter philosophischer Strömungen oder einzelner Denker. Pawlik stützt sich auf Hegel, Helmers auf Kant, manche Vertreter des Solidaritätskonzepts auf Rawls und die „utilitaristische“ Theorie (mit Abweichungen) auf Bentham. Mithilfe des jeweils bevorzugten philosophischen Ansatzes<sup>401</sup> wird sodann eine Konzeption zur Legitimation des § 34 StGB entwickelt. Nahezu alle Autoren erheben dabei den Anspruch, mit ihrer Theorie nicht nur den rechtfertigenden Notstand zu legitimieren, sondern zugleich die Merkmale des positiven Rechts in § 34 StGB deuten und konkrete Einzelfälle lösen zu können.<sup>402</sup> Man nimmt an, „dass die Aufhellung der Legitimationsproblematik beim rechtfertigenden Notstand für die dogmatische Durchdringung der Notstandsregelungen [...] letztlich unverzichtbar ist.“<sup>403</sup> Dass § 34 S. 1 StGB ein *wesentliches* Überwiegen verlangt, begründen Vertreter des Solidaritätsansatzes damit, dass erst ab einer gewissen Schwelle ein rationales Eigeninteresse an Duldungspflichten und Eingriffsbefugnissen in Notfällen bestehe.<sup>404</sup> Und Anhänger des Interessenabwägungsprinzips stufen diejenigen Voraussetzungen des § 34 StGB, die mit ihrer Theorie nicht in Einklang zu bringen sind, zu überflüssigen Merkmalen oder Kontrollklauseln herab.<sup>405</sup> Außerdem stellen die Schwierigkeiten einer Theorie bei der Interpretation des positiven Rechts einen wie-

<sup>401</sup> Vgl. Hörnle, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, S. 1265 (1270): Lieblingsphilosoph-Methode.

<sup>402</sup> Exemplarisch aus verschiedenen Richtungen Greco, ZStW 134 (2022), 1 (52); Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 70 f.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 7 f., 30 f. und 125 ff.

<sup>403</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 30.

<sup>404</sup> Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 3; ders., GA 2017, 242 (251).

<sup>405</sup> Exemplarisch Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 146 ff.

derkehrenden Kritikpunkt ihrer Gegner dar. Pawliks Theorie wird vorgeworfen, keinen Rückhalt im geltenden Recht zu haben, weil dort kein Entschädigungsanspruch des Eingriffsofopfers gegen den Staat auffindbar ist,<sup>406</sup> und gegen den utilitaristischen Ansatz wendet man ein, er sei mit den Voraussetzungen des § 34 StGB unvereinbar.<sup>407</sup> Dass man schließlich mithilfe der jeweiligen philosophischen Grundannahmen und der hieraus resultierenden Notstandstheorie und Gesetzesauslegung auch konkrete Einzelfälle zu lösen versucht, zeigt etwa *Helmerts*, wenn er ausgehend von *Kants* Rechtsbegriff (und sogar von *Kants* Erkenntnistheorie<sup>408</sup>) konkrete Beispielfälle, wie etwa den „Spanner“-Fall, bespricht.<sup>409</sup> Ähnlich geht z. B. *Frank Meyer* als Vertreter des Solidaritätsmodells vor, der die Beurteilung des Nötigungsnotstands wie folgt zusammenfasst: „Hat der (Nötigungs-)Notstandstäter keinen Anspruch auf Solidarität, dann kann sein Handeln – ungeachtet jeder Wortlautargumentation – nicht gerechtfertigt werden.“<sup>410</sup>

### b) Diskursebenenüberschreitung als Problem

Die Probleme dieses Vorgehens zeigen sich bei Vergegenwärtigung einiger Regeln des juristischen Diskurses. Hierzu wird an das Diskursmodell *Robert Alexys* angeknüpft. Dieser unterscheidet im Zusammenhang mit seiner prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation insgesamt vier Diskursebenen: den allgemeinen praktischen Diskurs, das Verfahren zur Rechtserzeugung (im Folgenden: politischer Diskurs), den juristischen und den gerichtlichen Diskurs.<sup>411</sup> Weil sich der allgemeine praktische Diskurs, in dem insbesondere moralische Fragen erörtert werden, v. a. dadurch auszeichne, dass es nicht *eine* richtige Antwort gebe, sondern verschiedene Ergebnisse diskursiv möglich seien,<sup>412</sup> soziale Konflikte jedoch nicht mit einander widersprechenden Regeln gelöst werden könnten und die faktische Befolgung einer Regel sichergestellt werden müsse, sei staatlich gesetztes Recht und damit ein Verfahren der staatlichen Rechtserzeugung auf Ebene des politischen Diskurses notwendig.<sup>413</sup> Da diese Prozedur jedoch wiederum nicht für jeden praktisch auftretenden Fall eine eindeutige Entscheidung hervorbringen könne, bestehe die Aufgabe des juristischen Diskurses darin, im Rahmen der nach den Regeln des politischen Diskurses erlassenen Rechtsnormen, bei Berücksichtigung von Präjudizien und eingebunden in die überkommene Dogmatik etwaige Lücken zu schließen und das Recht für

<sup>406</sup> Vgl. oben C. Fn. 211.

<sup>407</sup> *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 54; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 138.

<sup>408</sup> *Helmerts*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 60 ff.

<sup>409</sup> *Helmerts*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 417 ff.

<sup>410</sup> *Meyer*, GA 2004, 356 (368).

<sup>411</sup> *Alexy*, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, S. 94 (104 ff.); siehe auch *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 287 ff.; *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 38 ff.; ders., FS Juristische Fakultät Augsburg, S. 203 (214 ff.).

<sup>412</sup> Allgemein *Alexy*, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, S. 94 (98 ff.).

<sup>413</sup> *Alexy*, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, S. 94 (104 f.).

Einzelfälle anwendbar zu machen.<sup>414</sup> Auch hier bleibe es jedoch bei der Möglichkeit mehrerer gleichermaßen richtiger Ergebnisse, weshalb auf der letzten Ebene, dem gerichtlichen Diskurs, nicht mehr lediglich argumentiert, sondern über einen Konflikt auch verbindlich entschieden werden müsse.<sup>415</sup> Alle vier Diskursebenen zeichnen sich dadurch aus, nur innerhalb der Grenzen der nächsthöheren Ebene agieren zu können. So kann z. B. der juristische Diskurs nur innerhalb der inhaltlichen Vorgaben durch die Ergebnisse des politischen Diskurses stattfinden, d. h. im juristischen Diskurs sind nicht alle Ergebnisse, die im allgemeinen praktischen Diskurs erzielt werden könnten, möglich.<sup>416</sup>

Für eine Unterscheidung dieser Diskursebenen spricht nun nicht nur, dass eine Diskussion dadurch an Struktur gewinnt,<sup>417</sup> sondern im rechtlichen Zusammenhang v. a. ein erkenntnistheoretisches und ein demokratietheoretisches Argument.<sup>418</sup> Beide werden später ausführlicher hergeleitet.<sup>419</sup> Erstens ist eine rationale Erkenntnis allgemein gültiger Normen und Werte – so es sie überhaupt gibt – nicht möglich, weshalb sich normative Aussagen auf Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses immer nur auf *relativ* verbindliche Normen beziehen können.<sup>420</sup> Man kann hier nur *bedingte* Behauptungen aufstellen: „Wenn (aber nur wenn) du meiner Prämisse folgst, musst du auch meine (unterstellt: aus der Prämisse folgende) Schlussfolgerung anerkennen.“ Aus diesem hier vertretenen Werterelativismus folgt für das praktische Leben das Erfordernis einer originären *Entscheidung* auf Ebene des politischen Diskurses, die den sonst unendlichen praktischen Diskurs abbricht und für Rechtssicherheit sorgt.<sup>421</sup> Dies wird missachtet, wenn man die beschriebenen Diskursebenen vermischt oder unreflektiert überschreitet und z. B. auf rechtsgomatischer Ebene (juristischer Diskurs) moralisch oder rechtspolitisch (allgemeiner praktischer Diskurs) argumentiert und für diese Argumente dieselbe Verbindlichkeit beansprucht wie für im engeren Sinne dogmatische Überlegungen. Jeder, der Philosophie oder Rechtspolitik im Gewande der Rechtsdogmatik betreibt,<sup>422</sup> muss sich also entgegenhalten lassen, dass Politik und Dogmatik grundverschieden sind bzw. Philosophie und Dogmatik „im Verhältnis des Andersseins“<sup>423</sup> stehen. Hinzu kommt, dass in einer demokratischen Ordnung der politische Diskurs vom Demo-

<sup>414</sup> Alexy, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 94 (106).

<sup>415</sup> Alexy, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 94 (108).

<sup>416</sup> Vgl. Alexy, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 94 (106 f.).

<sup>417</sup> Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, S. 60 ff.

<sup>418</sup> Vgl. im Zusammenhang mit einer Kritik der Rechtsgutslehre auch Engländer, *ZStW* 127 (2015), 616 (632 f.).

<sup>419</sup> Weiter dazu unten D.II.3.b), S. 216 ff. und D.II.3.c), S. 229 ff.

<sup>420</sup> Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, S. 31.

<sup>421</sup> Vgl. Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, S. 33 ff.

<sup>422</sup> Für das Strafrecht etwa Roxin/Greco, *AT I*, § 7 Rn. 77; differenzierend Roxin, *FS Küper*, S. 488 ff.

<sup>423</sup> Arthur Kaufmann, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S. 1 (2).

kratieprinzip beherrscht wird<sup>424</sup> und eine gesetzgeberische Entscheidung nicht nur praktisch notwendig, sondern auch demokratisch legitimiert ist.<sup>425</sup> Es ist also nicht nur eine praktisch notwendige, sondern eine *demokratisch legitimierte* Entscheidung, die missachtet wird, wenn die Diskursebenen nicht unterschieden werden.<sup>426</sup> Eine Vermischung oder Überschreitung der Diskursebenen führt mithin zu einem Verlust an Allgemeinverbindlichkeit und zu einem Demokratieteilproblem.<sup>427</sup> Der Meinung des jeweiligen Diskutanten wird ein gegenüber der Mehrheitsentscheidung höheres Gewicht eingeräumt; der Rechtsanwender schwingt sich zum (besseren) Gesetzgeber auf.<sup>428</sup>

Damit ist nicht gesagt, dass Rechtsdogmatik gänzlich ohne ein philosophisches oder politisches Vor- bzw. Hintergrundverständnis<sup>429</sup> oder ein Bewusstsein für über das positive Recht hinaus weisende Probleme auskommt<sup>430</sup> oder sich jede Entscheidung eines Einzelfalls eindeutig aus dem abstrakt-generellen Recht ergibt.<sup>431</sup> Wichtig ist vielmehr lediglich, sich der beschriebenen Diskursebenen bewusst zu sein und diese nicht unreflektiert zu überspringen.<sup>432</sup> Lösungen für konkrete Einzelfälle sollten primär mit Blick auf gesetzgeberische Entscheidungen als Ergebnisse des politischen Diskurses und in Einklang mit den Vorgaben des juristischen Diskurses entwickelt werden,<sup>433</sup> und der Rückgriff auf Argumente aus dem allgemeinen praktischen Diskurs geht zwangsläufig mit einem Verlust an Verbindlichkeit einher. Wer zur Lösung einer Rechtsfrage den Rahmen des positiven Rechts verlässt, muss also in Kauf nehmen, dass abweichende Ansichten ebenso berechtigt sind wie die eigene. Auch ist es dem Rechtswissenschaftler nicht verwehrt, sich rechtspolitisch zu engagieren, bei der Gesetzgebung beratend mitzuwirken oder das positive Recht anhand seiner politischen oder moralischen Überzeugung zu kritisieren. Eine Unterscheidung der beschriebenen Ebenen macht dies erst möglich, denn nicht jede Rechtsnorm und nicht jede dogmatische Lösung eines Einzelfalls muss auch politisch und/

<sup>424</sup> Aus diskurstheoretischer Sicht *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 138 ff.

<sup>425</sup> Klassisch zum Zusammenhang zwischen Relativismus und Demokratie *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 98 ff.

<sup>426</sup> Weiterführend zur Rolle der Rechtswissenschaft in der Demokratie *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 ff.

<sup>427</sup> *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, S. 69 f.; *ders.*, FS Juristische Fakultät Augsburg, S. 203 (216 f.).

<sup>428</sup> Vgl. auch die Kritik bei *Gärditz*, JZ 2016, 641 (650); zur verwandten Kritik an einer objektiven Auslegungstheorie aus Gewaltenteilungsgründen *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 806 ff.

<sup>429</sup> Differenzierend *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 13 IV und § 35 I a. E.

<sup>430</sup> Zur Bedeutung von Grundlagenüberlegungen für die (Straf-)Rechtsdogmatik *Hörnle*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (190 ff.); *Pawlik*, GA 2014, 369 ff.

<sup>431</sup> Hierzu noch unten D.III.2.a)aa), S. 304 ff.

<sup>432</sup> Zum Folgenden *Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, S. 50 ff. und 145 ff.; siehe auch *ders.*, FS Juristische Fakultät Augsburg, S. 203 (217 f.).

<sup>433</sup> Vgl. im Zusammenhang mit § 34 StGB auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 160 und 164 ff.; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 46; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 37.

oder moralisch richtig sein.<sup>434</sup> Man kann für eine solche Kritik allerdings erneut nicht mehr Verbindlichkeit in Anspruch nehmen als jeder andere.<sup>435</sup> Zusammenfassend schließt das soeben beschriebene Diskursmodell also rechtsphilosophisches oder -politisches Argumentieren nicht aus, sondern verweist es nur an die richtige Stelle.

### c) Anwendung auf die Strafrechtswissenschaft

Die Strafrechtswissenschaft scheint die vorstehenden Aussagen nicht vollumfänglich zu teilen. Viele ordnen die Dogmatik der Philosophie und Kriminalpolitik unter oder unterscheiden gar nicht erst zwischen den Bereichen. Man betreibt „Kriminalpolitik im Gewande der Dogmatik“<sup>436</sup> oder eine politische Strafrechtswissenschaft,<sup>437</sup> dem Gesetzgeber werden z. B. mit einem materiellen Rechtsgutsbegriff<sup>438</sup> verbindliche Schranken aufgezeigt,<sup>439</sup> um das Strafrecht nicht „an die Willkür der jeweiligen Machthaber“<sup>440</sup> auszuliefern oder zu vermeiden, dass das Strafrecht zu einem „der jeweiligen historischen Konstellation ausgelieferte[n] Gemisch sehr unterschiedlich begründeter Normen“<sup>441</sup> wird, und bei der Lösung dogmatischer Probleme und Beurteilung konkreter Einzelfälle ersetzt nicht selten die Rezeption philosophischer Denker wie *Kant* und *Hegel* die Subsumtion unter das Gesetz. Die Ursachen<sup>442</sup> für diese Verschmelzung von Philosophie, Politik und Dogmatik liegen zum Teil dem historisch gewachsenen Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, „eine Wissenschaft der Legitimität der Strafe, nicht nur de lege lata, sondern in erster Linie de lege ferenda“<sup>443</sup> zu sein, d. h. *hauptsächlich* eine gesetzgebungskritische Funktion zu erfüllen.<sup>444</sup> Daran schließt sich das Bemühen an, die theoretischen Modelle möglichst mit (bestenfalls institutioneller, zumindest aber diskursiver<sup>445</sup>) Verbindlichkeit zu versehen, ohne dabei auf ein Entgegenkommen des Gesetzgebers angewiesen

<sup>434</sup> Dazu auch *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 (46 ff.); vgl. auch *Buchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (50 f.).

<sup>435</sup> Siehe auch *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (173).

<sup>436</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 7 Rn. 76 (mit Einschränkungen in Rn. 77 ff.).

<sup>437</sup> *Zabel*, KJ 2022, 269 ff.

<sup>438</sup> Dazu auch unten C.IV.2.a)aa(3), S. 165 ff.

<sup>439</sup> Siehe etwa *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (657 und 659) zur vorpositiven Geltung der Rechtsgutstheorie.

<sup>440</sup> *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (668).

<sup>441</sup> *Roxin*, FS Küper, S. 489 (490).

<sup>442</sup> Zum Folgenden *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 ff.; *Hörnle*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, S. 1265 (1265–1269); *Kubiciel*, FS Fischer, S. 143 (145 f.); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (659).

<sup>443</sup> *Greco*, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 (14).

<sup>444</sup> Kritisch zu Abwehrhaltungen in der Strafrechtswissenschaft gegenüber dem Gesetzgeber *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 329 ff.; *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (38); *Hörnle*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (219 ff.); *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (177); *ders.*, FS Fischer, S. 143 ff.

<sup>445</sup> *Coca-Vila*, in: Staffler et al. (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, S. 79 (106).

zu sein. Hinzu kommt die positiv-rechtliche Lückenhaftigkeit des Allgemeinen Teils des Strafrechts<sup>446</sup> und das Bemühen um internationale und von den Kautelen einer nationalen Rechtsordnung unabhängige Anschlussfähigkeit.<sup>447</sup>

All dies ist für sich genommen nachvollziehbar. Wie erwähnt steht auch die vorliegende Arbeit nicht auf dem Standpunkt, die Lösung eines jeden rechtlichen Problems lasse sich allein mithilfe des abstrakt-generellen Gesetzes finden. Philosophische Reflexion ist ebenso unausweichlich wie begrüßenswert, sofern sie sich ihrer Grenzen bewusst ist. Und eine fundierte Kritik am positiven Recht ist im Strafrecht genauso wichtig wie in jedem anderen Rechtsgebiet.<sup>448</sup> Problematisch ist aber die Verrechtlichung kriminalpolitischer oder philosophischer Vorannahmen am positiven Recht vorbei oder unter dem Deckmantel dogmatischen Arbeitens.<sup>449</sup> Wer so arbeitet, springt vom allgemeinen politischen Diskurs *unmittelbar* auf die Ebene des juristischen oder gar gerichtlichen Diskurses, beansprucht für seine moralische oder politische Ansicht eine höhere Legitimation und Verbindlichkeit als ihr zukommt und übergeht die Entscheidungskompetenz des demokratischen Gesetzgebers.<sup>450</sup> Kritische Stimmen sprechen von einer „nachgerade verstörenden Demokratieförderung der traditionellen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion“<sup>451</sup> und einer „befremdliche[n] Distanz zur demokratischen Rechtsetzung“,<sup>452</sup> die den „Gesetzgeber [...] zum Notar“ einer strafrechtswissenschaftlichen Strafrechtsphilosophie oder Strafrechtspolitik degradiert<sup>453</sup> und ihn „nahezu ausschließlich als jene Instanz [wahrnimmt],

<sup>446</sup> Zu philosophischen Ursprüngen dogmatischer Figuren des Allgemeinen Teils und zur Aufgabe der Allgemeinen Verbrechenlehre siehe *Pawlik*, Unrecht des Bürgers, S. 36 ff.

<sup>447</sup> Hierzu *Greco*, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 (35 ff.); *ders.*, Strafprozesslehre und materielle Rechtskraft, S. 42 ff.; vgl. auch *Roxin/Greco*, AT I, § 8 Rn. 85q–85x; zum deutschen Strafrecht als „Exportschlag“ auch *Hörnle*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 289 ff.; *dies.*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (198 ff.); all dies ist durch anderes Vorgehen nicht ausgeschlossen, siehe *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (177).

<sup>448</sup> Das schließen auch die Kritiker nicht aus, siehe *Burchard*, Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (54 ff.); *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (366 f.); *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 (46 ff.); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658 f.); *ders.*, ZStW 129 (2017), 349 (362).

<sup>449</sup> *Gärditz*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 (47 ff.); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (660); *ders.*, ZStW 129 (2017), 349 (353); vgl. auch *Burchard*, Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (50 ff.); *Pawlik*, GA 2014, 369 und ähnlich *ders.*, Unrecht des Bürgers, S. 36 und 45 ff.; insoweit übereinstimmend auch *Coca-Vila*, in: Staffler et al. (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, S. 79 (93); *Roxin/Greco*, AT I, § 7 Rn. 85p.

<sup>450</sup> Für eine stärkere Berücksichtigung der institutionellen Entscheidungszuständigkeiten auch *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.): Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (49 ff.).

<sup>451</sup> *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658); vgl. auch *ders.*, ZStW 129 (2017), 349 (356).

<sup>452</sup> *Gärditz*, JZ 2016, 641 (648); vgl. auch *ders.*, Der Staat 49 (2010), 331 (333–338); *ders.*, Staat und Strafrechtspflege, S. 39 ff.; *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 (35 ff.).

<sup>453</sup> *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (49 mit Fn. 81).

die es zu bändigen gilt.<sup>454</sup> Insgesamt sei das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Demokratie „immer noch durch ein Miteinander-Fremdeln geprägt.“<sup>455</sup>

Dabei ist das Strafrecht besonders demokratiesensibel.<sup>456</sup> Insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG steht einer unangemessenen Akzentverschiebung weg vom Strafgesetz und hin zu philosophischen Ableitungsketten entgegen.<sup>457</sup> Die Vorstellung, dass sich die Strafbarkeit des Einzelnen letztlich aus einem nur noch losen Zusammenhang mit dem Strafgesetz und stattdessen primär aus philosophischen Theoriegebilden ergeben soll, käme jedoch nicht nur mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Konflikt. Sie wäre aufgrund der Unmöglichkeit allgemeinverbindlicher Entscheidungen auf philosophischer Ebene auch nicht rational durchführbar, könnte doch jedem primär philosophisch begründeten Strafbarkeitsvorwurf eine abweichende philosophische Prämisse entgegengehalten werden, ohne dass zwischen beiden Alternativen verbindlich entschieden werden könnte.<sup>458</sup> Außerdem wurde bereits eine Tendenz zum Anachronismus bei unreflektierter Inbezugnahme philosophischer Schriften deutlich (oben 2.f)). Die Übertragung oder Anwendung 200 Jahre alter Thesen auf Probleme des 21. Jahrhunderts geht mit dem Risiko einher, bewusst oder unbewusst auch Vorannahmen zu übertragen, die mit heute vielfach geteilten Grundanschauungen nicht mehr vereinbar sind und auch die Wirklichkeit moderner Gesellschaften nicht mehr angemessen verarbeiten können.<sup>459</sup> Die Schriften von *Kant* und *Hegel* sind 200 Jahre alt. Ihre Rezeption läuft Gefahr, sich von einer Rückbesinnung zu einem Rückschritt zu entwickeln.<sup>460</sup>

<sup>454</sup> *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 330; ähnlich *Pawlik*, Unrecht des Bürgers, S. 103.

<sup>455</sup> *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 39.

<sup>456</sup> BVerfGE 123, 267 (359 f.).

<sup>457</sup> *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (342 f.); *ders.*, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, S. 15 (28 f.); ähnlich *Pawlik*, Unrecht des Bürgers, S. 35 und 48. Dies bezieht sich v. a. auf die demokratische Komponente des Art. 103 Abs. 2 GG (demokratisch legitimierte Verantwortung für staatliches Eingriffshandeln), die gegenüber dem liberal-rechtstaatlichen Gehalt (Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit durch den Einzelnen) nicht immer hinreichend gewichtet wird. Zum doppelten Schutzzweck allgemein BVerfGE 126, 170 (194 f.); *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert*, Art. 103 Abs. 2, Rn. 32; zu weitgehend aber *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 27 (46 ff.). Streitig ist, ob Art. 103 Abs. 2 GG auch im Bereich der Rechtfertigungsgründe gilt (im Überblick *LK/Rönau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 62 ff. m. w. N.). Hier wird davon ausgegangen, dass Art. 103 Abs. 2 GG auch bei § 34 StGB zu beachten ist, weil die Reichweite eines Rechtfertigungsgrundes auch über die Duldungspflicht und eine mögliche Strafbarkeit *des Opfers* entscheidet. Vgl. auch *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 152 ff. und unten D.III.3.d)bb), S. 350 ff.

<sup>458</sup> Siehe auch *Chiao*, in: Flanders/Hoskins (Hrsg.), The New Philosophy of Criminal Law, S. 19 (28 ff.).

<sup>459</sup> Vgl. auch *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 39 f.; *ders.*, JZ 2016, 641 (648 f.); *Kubiciel*, FS Merkel, Teilband 1, S. 529 (531, 535 f.); differenziert *Pawlik*, GA 2014, 369 (388): keine Aktualisierung, sondern Transposition; kritisch zur Übertragbarkeit des hegelschen Rechtsbegriffs auf das heutige Recht auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 97.

<sup>460</sup> Dazu auch *Hörnle*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, S. 1265 (1273 ff.); *dies.*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (211 ff.); *dies.*, in: HStR I, § 12 Rn. 8; siehe auch *dies.*, 2. FS Roxin, Band 1, S. 3 (4) über die Neigung einer Ableitung straftheoretischer Aussagen aus

Daher ist gerade in der Strafrechtswissenschaft ein reflektierter Umgang mit philosophischen und kriminalpolitischen Thesen auf der einen und dogmatischen Aussagen auf der anderen Seite notwendig. So wird es möglich, die Gesetzgebung, das positive Recht und seine Anwendung kritisch zu begutachten, aber auch anwendungsbezogene Wissenschaft im demokratischen Rechtsstaat zu sein.<sup>461</sup>

#### d) Anwendung auf die Notrechts-Diskussion

All dies zeigt sich nun besonders deutlich in der Diskussion um die philosophische Rechtfertigung des rechtfertigenden Notstands und der hieran orientierten Auslegung und Anwendung des § 34 StGB. Die Legitimationsdiskussion selbst bewegt sich auf Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses. Die Frage, wie § 34 StGB auszulegen und im Einzelfall anzuwenden ist, ist hingegen eine des juristischen und gerichtlichen Diskurses. Wer das mithilfe des allgemeinen praktischen Diskurses beantworten will, überspringt die Diskursebenen und übergeht damit institutionelle Entscheidungskompetenzen.

Zunächst illustriert die Diskussion das Relativismus-Problem dieses Vorgehens. Aussagen zum Notrechtsproblem sind durch unterschiedliche Prämissen zum Rechtsbegriff und zum Verhältnis zwischen Staat und Bürger bzw. Gemeinschaft und Individuum bedingt.<sup>462</sup> Wer einem kantischen Rechtsbegriff folgt, hat größere Probleme in der Anerkennung eines Notrechts als ein Anhänger des Rechtsbegriffs nach *Hegel* (siehe oben 2.a)cc). Die Legitimation des § 34 StGB durch das Prinzip intersubjektiver Solidarität hängt in ihrer Überzeugungskraft davon ab, dass man sich erstens ein Stück weit von einem liberalen Rechtsdenken in der Tradition *Kants* löst und zweitens ein den Grundrechten des Individuums verpflichtetes, d.h. nicht kollektivistisches oder etatistisches Staatsverständnis vertritt. Wer nur der ersten, nicht aber der zweiten Prämisse folgt, d.h. sich zwar von *Kant* löst, aber ein anderes Staatsverständnis zugrunde legt, hält wiederum eine andere Konzeption für überzeugender und findet eine solche etwa im „utilitaristischen“ Ansatz oder bei *Pawlik*. Auf der Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses sind all diese Ansichten und ihre Prämissen in gleicher Weise vertretbar. Eine für alle Betroffenen verbindliche Entscheidung über die Anerkennung eines Notrechts kann erst im politischen Diskurs erfolgen. Dort hat sich die Legitimationsfrage jedoch spätestens durch die Normierung des § 34 StGB erledigt. Die rechtfertigende Wirkung des Notstands und ihre

---

Texten des deutschen Idealismus, „die Willkür eines Monarchen anzuerkennen oder den Staat zu verherrlichen“; nicht überzeugende Replik hierzu bei *Pawlik*, *Unrecht des Bürgers*, S. 35 mit Fn. 85.

<sup>461</sup> *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (365 f.); *ders.*, *JZ* 2016, 641 (649 f.); *ders.*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 15 (46 ff.); *Stuckenberg*, *GA* 2011, 653 (658 ff.); vgl. auch *Burchard*, in: *Kuhli/Asholt* (Hrsg.), *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, S. 23 (42).

<sup>462</sup> *Pawlik*, *GA* 2014, 369 (380 f.): Es gehe um die allgemeinkulturelle Hintergrundvorstellung strafrechtlicher Begründungsfiguren. Ob heutzutage jedoch die von *Pawlik* zum rechtfertigenden Notstand vertretene Hintergrundvorstellung noch allgemein geteilt wird, ist aber zweifelhaft, siehe oben C.II.2.c)cc), S. 120 ff.

einzelnen Voraussetzungen sind auf dieser Ebene also nicht „utilitaristisch“, nicht hegelianisch, nicht kantisch und auch nicht solidarisch, sondern *demokratisch* legitimiert.<sup>463</sup> Der Anspruch der unterschiedlichen Diskutanten, aus ihrer Antwort auf die Frage nach der philosophischen Legitimation des Notrechts (allgemeiner praktischer Diskurs) Schlussfolgerungen für konkrete Auslegungsfragen im Zusammenhang mit § 34 StGB (juristischer Diskurs) – Bedeutung der Wesentlichkeits- und Angemessenheitsklausel usw. – oder die Lösung konkreter Einzelfälle (gerichtlicher Diskurs) abzuleiten, ist demgegenüber abzulehnen. Kantnische, hegelianische, utilitaristische oder solidarisch begründete Aussagen zu § 34 StGB sind nur für jene verbindlich, die sich als Kantianer, Hegelianer, Utilitaristen oder Vertreter des Solidaritätsprinzips verstehen. Man stelle sich nur das Durcheinander vor, welches ohne die allgemein-verbindliche Entscheidung im politischen Diskurs bestünde, wenn sich z. B. der Notstandstäter auf die eher notstandsfreundliche utilitaristische Konzeption beruft und daher staatlichen Verfahren eine nur geringe Bedeutung zumisst, das Eingriffsoffer aber entweder mit *Pawliks* Ansatz eine strengere Subsidiarität des Notstands vertritt oder mit der traditionellen *Kant*-Interpretation die Eingriffsbefugnis des Täters generell ablehnt. Zu einer für beide Beteiligten verbindlichen Entscheidung über Grund und Reichweite der Eingriffsbefugnis und Duldungspflicht nach § 34 StGB gelangt man allein unter Einbeziehung des politischen und gerichtlichen Diskurses.

Mit dieser Unentscheidbarkeit des Konflikts geht, wenn im juristischen oder gerichtlichen Diskurs unreflektiert mit philosophischen Grundprinzipien hantiert wird, das in ähnlicher Form schon aus der Kritik an der Brückenfunktion des Notstands bekannte (oben 2.b)cc), S. 107 ff.) Demokratieproblem einher. Durch die Drittwirkung der Notstandsrechtfertigung gegenüber dem Eingriffsoffer zwingt der Notstandstäter bzw. Rechtsanwender, diesem Opfer nicht nur die Duldung des Eingriffs, sondern bei einer unmittelbaren Bezugnahme auf Normen des allgemeinen praktischen Diskurses zugleich seine eigenen philosophischen Ansichten auf.<sup>464</sup> Damit nimmt man für seine eigene Ansicht unberechtigterweise eine höhere Verbindlichkeit als für die der jeweils anderen Seite in Anspruch. Das Problem verstärkt sich, wenn man bedenkt, dass die philosophischen Grundannahmen innerhalb der Legitimationsdiskussion nicht selten religiös vorgeprägt sind, wie dies beispielsweise bei den Eigentumstheorien im Zusammenhang mit *Helmerts* Ansatz deutlich wurde (oben 2.d)aa)(3), S. 126 ff.). Dann wird aus dem Demokratie- und Relativismus-Problem auch ein Problem der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Strafrechts.<sup>465</sup>

Schließlich zeigt sich insbesondere bei *Pawliks* Staatsverständnis im Anschluss an *Hegel*, dass ein Rekurs auf philosophische Grundannahmen aus anderen Zeiten auch

<sup>463</sup> Vgl. auch *Küper*, JZ 2005, 105 (106 und 115): Akzeptanz eines historisch-gewohnheitsrechtlich verankerten „Praxisrechts“ (106), einer „rechtlichen“ Legitimation (115).

<sup>464</sup> Ähnliche Gedanken zum Rechtsgutsbegriff bei *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (631).

<sup>465</sup> Hinweis auch bei *Engländer*, ZStW 128 (2015), 616 (632); zum Thema allgemein z. B. *Fateh-Moghadam*, in: Stollberg-Rilinger (Hrsg.), Religion und Politik, S. 181 ff.

anderweitige Prämissen mitschleppt, die im Rechtsstaat des GG nur noch schwer vertretbar sind (oben 2.c)cc), S. 120 ff.). Im Ergebnis kommen bei der unreflektierten Inbezugnahme philosophischer Ansätze zur Legitimation des rechtfertigenden Notstands bei Auslegung und Anwendung desselben alle allgemein gegen eine unreflektierte Überschreitung der Diskursebenen angeführten Einwände zum Tragen.

Wenn demgegenüber zur Rechtfertigung der Inbezugnahme philosophischer Überlegungen im juristischen oder gerichtlichen Diskurs auf die Unbestimmtheit des Allgemeinen Teils des StGB und besonders des § 34 StGB verwiesen wird,<sup>466</sup> kann dem zunächst mit einem Verweis auf den weiteren Verlauf der Untersuchung begegnet werden. Es wird sich noch ergeben, dass die an der vorliegenden Stelle gegen die unvermittelte Ableitung dogmatischer Aussagen aus philosophischen Behauptungen angeführten Gründe umgekehrt auch *konstruktive* Wirkungen zeitigen – indem nämlich mehr Wert auf Entscheidungskompetenzen gelegt wird, als dies bislang der Fall ist. Abgesehen davon ist der Hinweis auf die Unbestimmtheit des Gesetzes fast kurios, wenn diese Unbestimmtheit durch einen Rekurs auf sich nicht gerade durch allgemeine Verständlichkeit, sondern durch mindestens ebenso hohe interpretative Offenheit auszeichnende philosophische Texte überwunden werden soll. Dass z. B. eine Notstandshandlung nur gerechtfertigt ist, wenn rationale Egoisten hinter einem Schleier des Nichtwissens einer Regelung, die eine solche Rechtfertigung vorsieht, vernünftigerweise zustimmen würden und daher „ungeachtet jeder Wortlautargumentation“<sup>467</sup> ein Anspruch auf Solidarität besteht, stellt gegenüber dem Erfordernis einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut, dem wesentlichen Überwiegen des Erhaltungsinteresses und der Angemessenheit der Tat kein Mehr an Bestimmtheit, sondern einen Freibrief für Mutmaßungen darüber, was noch von § 34 StGB erfasst ist und was „ganz sicher nicht mehr allgemein als vernünftig akzeptiert“<sup>468</sup> wird, dar.

Aus Theorien zur Legitimation des § 34 StGB lassen sich also aus rechts- und demokratietheoretischen, aber auch praktischen Gründen keine unmittelbaren Folgen für dessen Auslegung und Anwendung auf Einzelfälle ziehen. Dass insbesondere aus dem Solidaritätsansatz eine Aussage zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren nicht abgeleitet werden kann, gereicht diesem Ansatz also nicht zum Nachteil. Es wird immerhin nichts versprochen, was auch andere Ansätze nicht halten können (siehe oben 2.e)bb), S. 136).<sup>469</sup> Umgekehrt ist es auch irrelevant, ob sich die Legitimationskonzepte mit dem positiven Recht in Übereinstimmung bringen lassen. Wer dem utilitaristischen Modell vorwirft, es könne das Wesentlichkeits-

<sup>466</sup> Exemplarisch *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (426); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 1; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 133; *Meyer*, GA 2004, 356 (361); siehe auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (52 f.).

<sup>467</sup> *Meyer*, GA 2004, 356 (368).

<sup>468</sup> *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (440); ähnlich *ders.*, GA 2016, 121 (132 f.).

<sup>469</sup> Daher muss eingestanden werden, dass die obige Suche nach unmittelbaren Auswirkungen der jeweiligen Theorien auf den Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB bereits methodisch aussichtslos war.

erfordernis bei § 34 StGB nicht mit Inhalt versehen,<sup>470</sup> wer *Pawlik* damit kritisiert, er könne nicht erklären, weshalb das Opfer keinen Entschädigungsanspruch gegen den Staat hat,<sup>471</sup> oder wer sich als Vertreter des Solidaritätsansatzes damit rühmt, die weiteren Merkmale des § 34 StGB schlüssig herleiten zu können,<sup>472</sup> vermischt letztlich ebenso die verschiedenen Diskursebenen und macht ein Argument, das an der Vertretbarkeit des angeprangerten oder gepriesenen Ansatzes nur wenig ändert.<sup>473</sup>

#### e) Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen

Sowohl die Auslegung als auch die Anwendung des § 34 StGB müssen sich mithin eine Geringschätzung demokratischer Entscheidungsprozesse vorbehalten lassen. Daran, dass § 34 StGB den Vertretern der Interessenabwägungslehre zufolge als „Blankoscheck“<sup>474</sup> eine „normative Präferenzentscheidung“<sup>475</sup> des Rechtsanwenders verlangt, kritisieren viele, die Folge sei eine „intuitive oder eher gefühlsmäßige Auslegung der positivrechtlichen Norm (§ 34 StGB) durch Judikatur und Literatur.“<sup>476</sup> Dieser Mangel, der dazu führt, dass § 34 StGB zum Einfallstor individueller kriminalpolitischer oder moralischer Ansichten ins Recht wird, lässt sich jedoch nicht mithilfe eines unvermittelten Sprungs in den philosophischen Diskurs beheben. Ob § 34 StGB nun mithilfe eines an *Kant*, *Hegel* oder an anderen philosophischen Autoritäten orientierten theoretischen Gebildes ausgelegt wird, ist nämlich ebenfalls Ausdruck einer „normativen Präferenzentscheidung“ und „intuitiven oder eher gefühlsmäßigen“ Prämissensetzung<sup>477</sup> und unterscheidet sich insoweit nicht vom (zu Recht) kritisierten Interessenabwägungsprinzip.<sup>478</sup> Jeweils werden nicht allgemein-verbind-

<sup>470</sup> Oben C. Fn. 118.

<sup>471</sup> Oben C. Fn. 211.

<sup>472</sup> Oben C. Fn. 329.

<sup>473</sup> Mit der Unterscheidung der Diskursebenen erklärt sich, weshalb *Lenckner* einerseits davon spricht, § 323c StGB normiere eine Pflicht aus Solidarität und § 34 StGB aktiviere soziale Pflichten des Individuums (*Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 50), andererseits aber als tragendes Prinzip des rechtfertigenden Notstands das der Interessenabwägung annimmt (oben C.II.2.b)aa), S. 98 ff.). Beide Aussagen widersprechen sich nicht, sondern stehen auf verschiedenen Ebenen. Insofern kann das Prinzip des überwiegenden Interesses nicht uneingeschränkt in den Kanon der Notstandstheorien eingefügt werden. Dass dies hier dennoch erfolgte, ist der üblichen Darstellungspraxis der Problematik geschuldet. Ähnlich zweistufige Aussagen z. B. bei *Erb*, JuS 2010, 17 (17 f.); *Küper*, JuS 1971, 474; *ders.*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 60, 63; *ders.*, JuS 1987, 81 (87).

<sup>474</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 206.

<sup>475</sup> *Küper*, GA 1983, 289 (295).

<sup>476</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 11.

<sup>477</sup> Vgl. auch *Hörnle*, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU Berlin, S. 1265 (1274); *dies.*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (212).

<sup>478</sup> Anders z. B. das Selbstverständnis *Pawliks*, der seinen Ansatz einer Ausgestaltung des § 34 StGB, die „im „rechtspolitischen“ Belieben des jeweiligen Entscheiders“ liegt, entgegensetzt (*Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 147). Ob man philosophisch aber *Hegel* oder *Kant* oder anderen folgt, steht ebenso im „rechtsphilosophischen“ Belieben des jeweiligen Rechtswissenschaftlers wie die Anwendung des § 34 StGB nach dem Interessenabwägungsprinzip.

liche philosophische Aussagen verrechtlicht; jeweils umgeht man den politischen Diskurs und institutionelle Entscheidungszuständigkeiten.

Diese auf die Methode bezogene Kritik am Nachdenken über den rechtfertigenden Notstand verbindet sich mit einer Kritik am *Inhalt* der jeweiligen Ansätze, sobald kollektivistische oder etatistische Vorannahmen zugrunde gelegt werden, die sich von vornherein als Gegensatz zu einer pluralistischen und offenen bürgerlichen Gesellschaft (im Sinne *Hegels*) verstehen. Wer die Gemeinschaft oder den Staat in den Vordergrund stellt, kann dem „Faktum eines vernünftigen Pluralismus“<sup>479</sup> nicht gerecht werden.<sup>480</sup> Inhaltliche und methodische Pluralismus- und Demokratieprobleme gehen dann mit einer (auf Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses) abzulehnenden Rechts-, Gesellschafts- und Staatsphilosophie Hand in Hand.

Das Thema dieser Arbeit zeigt schließlich einen weiteren Grund, in Sachen Diskursebenen behutsamer vorzugehen. Die Diskussion um die philosophische Legitimation des rechtfertigenden Notstands pendelt zwischen den Extremen eines Festhaltens an *Kant* und einer freihändigen Abwägung nach dem „utilitaristischen“ Ansatz und führt damit an den *Anwendungsproblemen* des § 34 StGB vorbei. Das drängende Problem des rechtfertigenden Notstands ist nicht die (gewissermaßen vertikal angeordnete) hunderte Jahre alte Frage nach seiner philosophischen Legitimation gegenüber dem Eingriffsadressaten, sondern die (horizontale) Frage nach seiner Vereinbarkeit mit den demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtsordnung, wie sie sich in staatlichen Verfahren verwirklichen. Hierzu können die Notstandstheorien keine überzeugenden Lösungen anbieten.<sup>481</sup> Löst man sich jedoch als anwendungsbezogene Wissenschaft ein Stück weit von diesen theoretischen Fragen und akzeptiert die Existenz des rechtfertigenden Notstands als demokratisch gesetzte Norm, stellt sich die Frage, wie diese Norm angewendet werden kann, ohne staatliche Verfahren oder andere Entscheidungen zu umgehen. Zur Lösung dieser Aufgabe will die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

#### 4. Ergebnis: die demokratisch-solidarische Legitimation des § 34 StGB

Die Antwort auf die Legitimationsfrage muss nach alledem zweistufig ausfallen. Aus Sicht der philosophischen Legitimationsdiskussion im engeren Sinne fußt die rechtfertigende Wirkung des Notstands nach hier vertretener Ansicht auf dem Prinzip intersubjektiver Solidarität. Es geht um einen horizontalen Konflikt zweier Rechtsgutsträger, in welchem der Inhaber des Eingriffsguts gegenüber dem Inhaber des Er-

<sup>479</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 13 und passim.

<sup>480</sup> Weiteres hierzu unten D.II.3.b)dd), S. 221 ff. und D.II.4.e)aa), S. 296 f.

<sup>481</sup> Nachdenklich zur Frage, ob es sich bei solchen Diskussionen um eine sinnvolle Allokation beschränkter Forschungszeit handelt, Hörnle, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 183 (185); vgl. auch Pawlik, GA 2014, 369 (375): Die Härte der Auseinandersetzung über verbrechenstheoretische Grundfragen stehe zur praktischen Bedeutung der Probleme „in einem mitunter geradezu skurril anmutenden Missverhältnis“.

haltungsguts verpflichtet wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, welches an sich Ausdruck zwischenmenschlicher Solidarität wäre. Aus rechtlicher Sicht hingegen ist die Frage nach der Anerkennung eines Notrechts spätestens mit der Kodifikation des rechtfertigenden Notstands geklärt. Auf dieser Ebene ist der rechtfertigende Notstand *demokratisch* legitimiert. Wer den Hinweis auf die legitimatorische Wirkung des demokratischen Entscheidungsprozesses als zu kurz gegriffen oder als „kruden Gesetzespositivismus“<sup>482</sup> abtut, sollte seine Haltung zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit überdenken. Legt man beide Ebenen übereinander, so ergibt sich: § 34 StGB ist eine demokratische Entscheidung freier und gleicher Bürger, sich in Notsituationen gegenseitig zu einem bestimmten Maß an Solidarität zu verpflichten.<sup>483</sup>

### III. Die Kontroverse um den rechtfertigenden Defensivnotstand

#### 1. Einleitung

Die Überlegungen zur Legitimation des rechtfertigenden Notstands bezogen sich auf den Aggressivnotstand, bei dem ein an der Entstehung der Notstandsgefahr unbeteiligter Dritter zum Schutz des Erhaltungsguts herangezogen wird. Davon unterscheidet sich die Situation des Defensivnotstands: Hier stammt die mit der Notstandshandlung abgewendete Gefahr für das Erhaltungsgut aus der Sphäre des Eingriffsopfers, ohne dass aber die Voraussetzungen der Notwehr nach § 32 StGB erfüllt sind.<sup>484</sup> Eine solche Konstellation wird von § 228 BGB geregelt, wenn es um die Abwehr einer von einer fremden Sache drohenden Gefahr durch Beschädigung oder Zerstörung dieser Sache als Gefahrenquelle geht. Umstritten ist jedoch, ob und inwieweit Defensivnotstandshandlungen auch über diese Konstellation hinaus, d. h. insbesondere in Fällen, in denen die Gefahr von einem Menschen und nicht von einer Sache ausgeht, gerechtfertigt werden können und ob dabei an § 34 StGB oder § 228 BGB (analog) angeknüpft werden soll. Dem wird im Folgenden nachgegangen.

#### 2. Meinungsstand und hier vertretene Ansicht

Bei der Interessenabwägung normiert § 228 BGB für von Sachen ausgehende Gefahren einen von § 34 StGB abweichenden Maßstab: Während in § 34 S. 1 StGB gefordert wird, dass „das zu schützende Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt“,

---

<sup>482</sup> So in anderem Zusammenhang *Schünemann*, ZIS 2020, 479 (486); als „eher ulkig“ bezeichnet von *Gärditz*, in: *Bäcker/Burchard* (Hrsg.), *Strafverfassungsrecht*, S. 15 (29 mit Fn. 68).

<sup>483</sup> Fortsetzung unten D.IV.2, S. 359 ff.

<sup>484</sup> Grundlegend *Lampe*, NJW 1968, 88 ff.; vgl. auch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 4; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 13 und 201; *Roxin*, FS Jescheck, S. 457 ff.; *ders./Greco*, AT, § 16 Rn. 72. Fallgruppen z. B. bei *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 205 ff.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 86 ff.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 136 ff.; *Pawlik*, Jura 2002, 26 (27 ff.); *ders.*, GA 2003, 12 (16 ff.); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 31; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 73; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 136 ff.

verlangt § 228 S. 1 BGB, dass „der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht“. Bei § 34 StGB muss also das Erhaltungsinteresse wesentlich überwiegen, wohingegen bei § 228 BGB das Erhaltungsinteresse ein wesentlich geringeres Gewicht als das Eingriffsinteresse haben kann, sofern es zum durch die Notstandshandlung angerichteten Schaden nicht außer Verhältnis steht.<sup>485</sup> Aus dieser Gegenüberstellung können unterschiedliche Schlüsse gezogen werden.

Manche sehen im Defensivnotstand aufgrund dieses Unterschieds einen von § 34 StGB wesentlich verschiedenen Rechtfertigungsgrund.<sup>486</sup> Wenngleich auf Ebene der philosophischen Legitimation jeweils das Verhältnis von Solidarität und Verantwortung problematisiert werde,<sup>487</sup> geschehe dies unter umgekehrten Vorzeichen. So werde im Defensivnotstand, wie § 228 BGB zeige, nicht wie im Aggressivnotstand der Eingriffsadressat, sondern der *Eingreifende* zur Solidarität verpflichtet. Die Solidaritätspflicht *begründe* nicht die Eingriffsbefugnis in Rechte Unbeteiligter, sondern *begrenze* die aufgrund der (schwachen) Verantwortung für die Gefahr bestehende Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand. Der aus alleiniger Sicht des Autonomieprinzips unbeschränkt zur Abwehr berechtigte Notstandstäter sei aufgrund des Solidaritätsprinzips in bestimmtem Umfang zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet.<sup>488</sup> Daraus folge, dass Fälle des Defensivnotstands nicht unter § 34 StGB subsumiert werden könnten, sondern es sich um einen besonderen Rechtfertigungsgrund handle. Dieser sei, wenn es nicht um von Sachen ausgehende Gefahren geht, entweder nach § 228 BGB analog zu beurteilen, oder es handle sich um einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund.<sup>489</sup>

Anderen zufolge lassen sich § 228 BGB und § 34 StGB in Einklang bringen.<sup>490</sup> Beim Defensivnotstand erfolge keine Verschiebung des *Solidaritätsniveaus* im Ver-

<sup>485</sup> Siehe nur Rengier, AT, § 20 Rn. 8.

<sup>486</sup> Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 5 und 47; ders., GA 2017, 242 (252 f.); Hruschka, FS Dreher, S. 189 (203 ff.); ders., JuS 1979, 385 (391 f.); ders., NJW 1980, 21 (22); ders., Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 81; Jakobs, AT, 13/46 ff.; Joerden, in: HStrR II § 39 Rn. 41 ff.; Lampe, NJW 1968, 88 (91); Ludwig, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, S. 160; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 250 ff.; NK/Neumann, § 34 Rn. 86; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 47 ff. und 243 ff.; Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 213 ff.; Zimmermann, Rettungstötungen, S. 171 ff.; für Einordnung unter § 32 StGB Lesch, FS Dahs, S. 81 (99).

<sup>487</sup> Ausführlich Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 33, 148, 163 ff., 202 ff. und passim; vgl. auch Lesch, FS Dahs, S. 81 (99 ff.).

<sup>488</sup> Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 5 und 47; Frisch, FS Puppe, S. 425 (443); Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 87 ff.; NK/Neumann, § 34 Rn. 86; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 194 f., 238; Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 214; aus Sicht des utilitaristischen Ansatzes Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 252.

<sup>489</sup> Für „defensiven übergesetzlichen Notstand“ vor Einführung des § 34 StGB Lampe, NJW 1968, 88 (91).

<sup>490</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 21 f., 201 ff.; ders., JuS 2010, 17 (18); Fischer, § 34 Rn. 2; Jescheck/Weigend, AT, S. 357 und 365; R. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 212; Hoyer, FS Küper, S. 173 (177 f.); Kühl, AT, § 8 Rn. 57 und 134 ff.; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 102 f., 137; Baumann/

gleich zum Aggressivnotstand. Mit der Umkehrung des Abwägungsmaßstabs gehe ein Austausch der in Bezug genommenen Personen einher, sodass sich mit Blick auf das gegenseitig geschuldete Maß an Solidarität keine Unterschiede ergeben.<sup>491</sup> Die in § 228 BGB zum Ausdruck kommende Wertung, dass die Position des Eingriffsopfers im Defensivnotstand schwächer bewertet wird als im Aggressivnotstand, wollen die Vertreter dieser Ansicht innerhalb der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB berücksichtigen. Weil die Gefahr aus der Sphäre des Eingriffsopfers stammt, sei das Gewicht des Eingriffsinteresses herabgesetzt, und das wesentliche Überwiegen des Erhaltungsinteresses könne anders als beim herkömmlichen Aggressivnotstand im Zweifel bejaht werden.<sup>492</sup> Somit seien Fälle des Defensivnotstands bei Sachgefahren unter § 228 BGB, andernfalls unter § 34 StGB zu subsumieren.

Diese Arbeit folgt der letztgenannten Ansicht. Der Umstand, dass die Gefahr aus der Sphäre des Eingriffsadressaten stammt, kann innerhalb der Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB berücksichtigt werden und mindert das Gewicht des Eingriffsinteresses. Dies ermöglicht gegenüber einer analogen Anwendung des § 228 BGB eine flexible Handhabung der jeweiligen Fälle<sup>493</sup> und ist mit Wortlaut und Systematik des § 34 StGB in Einklang zu bringen, sodass es eines besonderen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes oder einer – auch wegen Art. 103 Abs. 2 GG aus Sicht des Eingriffsopfers problematischen – Analogie zu § 228 BGB nicht bedarf.<sup>494</sup> Und dass die Frage nach der Legitimation hiervon weitgehend unabhängig ist,<sup>495</sup> folgt aus den oben angestellten Überlegungen zur Unterscheidung der Diskursebenen (oben II.3.b), S. 146 ff.).

### 3. Schlussfolgerungen

Sofern Einigkeit über die rechtfertigende Wirkung des Defensivnotstands auch außerhalb der Situation des § 228 BGB besteht, ist die Diskussion über die Verankerung des Rechtfertigungsgrundes in § 34 StGB oder § 228 BGB (analog) oder das Verständnis desselben als (aus positiv-rechtlicher Sicht) übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund für die Problemstellung dieser Arbeit nicht unmittelbar entscheidungsrele-

---

Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 15 Rn. 100; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 135 und 304 ff. (beachte aber ebd., S. 146 und 148 f.); ders., Jura 2002, 26 (27); ders., GA 2003, 12 (12 f.); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 30 f.; Rengier, AT, § 19 Rn. 39; Roxin, FS Jescheck, S. 457 (464 ff.); ders., FS Oehler, S. 181 (189 ff.); ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 75; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 34 f.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 473; LK/Zieschang, § 34 Rn. 16 ff. und 133 ff.

<sup>491</sup> Vgl. MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 224 ff.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 312; ders., Jura 2002, 26 (27); ders., GA 2003, 12 (12 f.); vgl. auch Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 87 ff.

<sup>492</sup> Siehe etwa MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 225; Kühl, AT, § 8 Rn. 134; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 30; Roxin, FS Jescheck, S. 457 (464 ff.); ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 72 ff.

<sup>493</sup> Vgl. auch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 210 ff.; ders., JuS 2010, 17 (19).

<sup>494</sup> LK/Zieschang, § 34 Rn. 17.

<sup>495</sup> So auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (49 mit Fn. 242).

vant. Unabhängig von der Positionierung in besagten Streitfragen muss das Verhältnis des Defensivnotstands zur staatlichen Gefahrenabwehr geklärt werden, und die dabei angestellten oder anzustellenden allgemeinen Überlegungen sind dieselben.<sup>496</sup>

## IV. Dogmatik des rechtfertigenden Notstandes

### 1. Einleitung

Nachdem nun (bzgl. des Aggressivnotstands) die Legitimation und (bzgl. des Defensivnotstands) der Anwendungsbereich des § 34 StGB geklärt sind, widmet sich der folgende Abschnitt den einzelnen Merkmalen dieser Norm und deren Implikationen für das hier untersuchte Problem. Fraglich ist die richtige dogmatische Verortung des problematischen Verhältnisses zwischen privater Gefahrenabwehr und staatlichen Verfahren innerhalb des § 34 StGB: Handelt es sich bereits um eine Frage der Notstandslage (sogleich 2.a)) oder der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr (unten 2.b)), wird das Problem erst innerhalb der Interessenabwägung oder der Angemessenheitsklausel geklärt (unten 2.c)), oder geht es um eine Konkurrenzfrage (unten 3.)? Dass es sich hierbei nicht nur um eine Formalie handelt, sondern enge Verbindungen zwischen der dogmatischen Verortung und der inhaltlichen Behandlung des Vorrangs staatlicher Verfahren bestehen, wird sich im Folgenden ergeben.

### 2. Die einzelnen Merkmale des § 34 StGB

Eine Tat ist nach § 34 StGB gerechtfertigt, wenn sie begangen wurde, um eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut abzuwenden, diese Gefahr nicht anders abwendbar war, das durch die Tat geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt und die Tat angemessen ist. Das richtigerweise außerdem erforderliche subjektive Rechtfertigungselement spielt für den Vorrang staatlicher Verfahren eine vernachlässigbare Rolle (dazu unten d)).

#### a) Notstandslage: gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut

§ 34 StGB verlangt zunächst eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut.<sup>497</sup> Dabei muss geklärt werden, welche Rechtsgüter erfasst sind (dazu unten bb)) und welche Rolle staatliche Verfahren hierbei spielen (dazu sogleich aa)).

<sup>496</sup> Vgl. Böse/Tomiak, ZIS 2021, 123 (134); Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 52; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 314f.; Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 426 ff.

<sup>497</sup> Streng genommen wäre bei der Notstandslage auch das Erforderlichkeitsmerkmal einzuordnen (Lenckner, FS Lackner, S. 95 (95 f.); LK/Zieschang, § 34 Rn. 46; vgl. auch Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 186 ff.), welches aber erst in Bezug auf die Notstandshandlung relevant wird (MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 63; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 8; siehe auch Bergmann, JuS 1989, 109 (110)).

## aa) Erhaltungsgut und staatliche Verfahren

## (1) Einleitung und Arbeitshypothese

Erste Voraussetzung des § 34 StGB ist ein *Rechtsgut*, das durch die Notstandstat erhalten werden soll. Als Arbeitshypothese der folgenden Überlegungen fungiert ein an *von Liszt* orientierter weiter Rechtsgutsbegriff: Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB ist jedes rechtlich geschützte Interesse des Einzelnen oder der Allgemeinheit.<sup>498</sup> Ausgehend hiervon stellt sich die Frage nach dem Einfluss staatlicher Verfahren auf den rechtlichen Schutz eines solchen Interesses. Erinnerung sei beispielsweise an die Konzertreise- und Mandantengelder-Fälle,<sup>499</sup> bei denen manche argumentieren, das Vermögen sei nicht umfassend, sondern nur gegen bestimmte Angriffe oder nur innerhalb bestimmter Verfahrensordnungen (ZPO, InsO usw.) geschützt und komme daher auch nur eingeschränkt als Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB in Betracht.<sup>500</sup> Außerdem stellte sich das BayObLG im Kriegsdienstverweigerer-Fall auf den Standpunkt, das Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG stelle erst dann ein Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB dar, wenn die konkrete Berechtigung im Prüfungsverfahren nach Kriegsdienstverweigerungsgesetz förmlich festgestellt wurde.<sup>501</sup> Jeweils scheinen also staatliche Verfahren Auswirkungen auf die Konstituierung eines Interesses als Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB zu haben. Der Vorrang staatlicher Verfahren wäre dann ein Problem der Notstandslage.

## (2) Auf dem Weg zu einem prozeduralen Rechtsgutsverständnis

## (a) Konkrete Schutzwürdigkeit des Erhaltungsguts

Eine erste Einschränkung des Kreises der notstandsfähigen Rechtsgüter gegenüber der soeben aufgestellten Hypothese erfolgt in der Literatur durch das Erfordernis einer konkreten Schutzwürdigkeit des Erhaltungsguts. § 34 StGB erfasse, so etwa *Lenckner*, lediglich solche Rechtsgüter, die nicht nur abstrakt, sondern auch in der konkreten Situation schutzwürdig sind, und hieran fehle es u. a., wenn es der Rechtsordnung gerade darauf ankommt, dass ein Rechtsgut bestimmte Einbußen erfährt.<sup>502</sup> Ähnliches vertritt *Helmut Frister*: Es fehle an einem notstandsfähigen

<sup>498</sup> Klassisch v. *Liszt/Eb. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 4; heute zu § 34 StGB etwa *Küper*, JuS 1987, 81 (81 f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 130; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 9; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 163; vgl. auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 47 und 74; beachte die Differenzierungen zwischen „Interesse“ und „Rechtsgut“ bei *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 30 f.; *Stratenwerth*, FS Lenckner, S. 377 (379 f.); *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 149 ff., jeweils m. v. N.; Überblick über verschiedene Definitionen des *gesetzgebungskritischen* Rechtsgutsbegriff bei *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (620); *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 3; *Stratenwerth*, FS Lenckner, S. 377 (378).

<sup>499</sup> Dazu oben B.II.2.c), S. 17 ff.

<sup>500</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 28.

<sup>501</sup> BayObLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris Rn. 18 f.

<sup>502</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 76 f. und 121 f.; *ders.*, GA 1985, 295 (299 f., 310 f.).

Rechtsgut, wenn die Beeinträchtigung von der Rechtsordnung vorgesehen ist oder eine – ggf. sogar „materiell unberechtigte“ – staatliche Entscheidung die Gefahr verursacht.<sup>503</sup> Dies sei beispielsweise im erwähnten<sup>504</sup> Fall des zu Unrecht verurteilten Angeklagten, der sich gegen die Vollstreckung seiner Freiheitsstrafe zur Wehr setzt, anzunehmen.<sup>505</sup> Weil die Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit des Verurteilten rechtlich gewollt sei, fehle es an einem notstandsfähigen Rechtsgut. Sowohl *Lenckner* als auch *Frister* scheinen also davon auszugehen, dass nicht jedes rechtlich geschützte Interesse ein Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB darstellt, sondern ein – wie auch immer garteter – Vorrang staatlicher Verfahren bereits das Entstehen einer Notstandslage ausschließt.

Die Gegenansicht lehnt solche Einschränkungen ab.<sup>506</sup> Gegen die Verneinung einer Notstandslage mangels konkreter Schutzwürdigkeit führt sie zunächst systematische Gründe an. So lasse sich § 35 Abs. 1 S. 2 StGB entnehmen, dass die Zumutbarkeit der Gefahrenhinnahme, die übertragen auf *Lenckners* Ansatz ebenfalls die konkrete Schutzwürdigkeit des Rechtsguts betreffen würde,<sup>507</sup> an dem Bestehen der (entschuldigenden) Notstandslage nichts ändere, sondern einen davon unabhängigen

---

*Lenckners* Ausführungen zur konkreten Schutzwürdigkeit beziehen sich auf die Legitimität des mit der Notstandstat verfolgten Zwecks im Sinne der Zwecktheorie und auf das Vorliegen eines Konflikts *berechtigter* Interessen im Sinne der Interessenabwägung. Eingeordnet in die heutige Dogmatik geht es um die Notstandslage (a. A. *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 340f.). Für ein Kriterium der konkreten Schutzwürdigkeit auch *Satzger*, JuS 1997, 800 (803); *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 458 und 461; siehe auch *Erb*, JuS 2010, 108: „selbstverständlich“; offen gelassen von *Kühl*, AT, § 8 Rn. 32; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 9. In eine vergleichbare Richtung geht die Ansicht *Paglotkes*, wonach die *Gefahr* im Sinne des § 34 StGB normativ zu bestimmen sei, siehe *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 54ff.; ähnlich *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 79–80. Aufgrund der offenkundigen Zirkularität bei *Paglotke* (aus einer generellen Ablehnung der Rechtfertigung wird die Verneinung der Notstandslage gefolgert, aus der sich dann die generelle Verneinung der Rechtfertigung ergibt, siehe a. a. O. S. 54–58) wird dem nicht weiter nachgegangen. Zur konkreten Schutzwürdigkeit im Sinne *Lenckners* bestehen weniger Unterschiede als behauptet, weshalb die Kritik übertragbar ist. Ausführliche Kritik an *Paglotke* bei *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 328–339.

<sup>503</sup> *Frister*, AT, § 17 Rn. 3–4; damit vergleichbar will *R. Haas* die *Notwehrlage* verneinen, wenn staatliche Hilfe präsent ist, vgl. *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 301; kritisch *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 246 ff.

<sup>504</sup> Siehe oben B.III.4.b)cc(3), S. 86 ff.

<sup>505</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 77 und 122.

<sup>506</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 16; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 224 ff.; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 55; vgl. auch *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 33 ff.; *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 251 ff.

<sup>507</sup> Siehe *Lenckner*, GA 1985, 299 (311), wo die besondere soziale Stellung (d. h. besondere Gefährtragungspflichten, die nach h. M. unter § 35 Abs. 1 S. 2 StGB fallen, vgl. *Fischer*, § 35 Rn. 12) als Kriterium der konkreten Schutzwürdigkeit behandelt wird. An anderer Stelle vergleicht *Lenckner* die Zumutbarkeit im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB mit der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB (*Lenckner*, FS Lackner, S. 95 (99 und 102)). Auch soll bereits in der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr ein Zumutbarkeitsgesichtspunkt liegen (ebd. S. 106). Dies belegt die kritisierte Verschleierung der Merkmale, siehe *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 55.

gen Ausschlussgrund darstelle.<sup>508</sup> Außerdem führe das Erfordernis einer konkreten Schutzwürdigkeit des Erhaltungsguts zu einer Verschleifung der einzelnen Merkmale des § 34 StGB.<sup>509</sup> Ob im Beispiel die Fortbewegungsfreiheit des unschuldig Verurteilten konkret schutzwürdig und schutzbedürftig ist, entscheide sich im Rahmen der Interessenabwägung oder Angemessenheit und betreffe nicht schon die Notstandslage. Zudem werde, wer bewusst falsch aussagt und damit die Verurteilung eines anderen zu einer Freiheitsstrafe erreicht, nach §§ 239, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB bestraft. Das ergebe nur Sinn, wenn die Fortbewegungsfreiheit des Opfers trotz der Verurteilung noch rechtlich geschützt ist.<sup>510</sup>

*(b) Nur verfahrensmäßig zulässige Interessenverfolgung*

Eine verwandte Einschränkung vertritt *Ulfrid Neumann*. Es sei zwischen Interessen und Rechtssphären zu differenzieren, und bei nur im Rahmen der Gesetze zulässiger Interessenverfolgung fehle es an einem notstandsfähigen Rechtsgut.<sup>511</sup> Es reiche nicht aus, dass das zu erhaltende Interesse an irgendeiner Stelle von der Rechtsordnung anerkannt werde. Andernfalls „dürfte es kaum ein legitimes Interesse geben, das nicht den Status eines notstandsfähigen Rechtsguts beanspruchen könnte.“<sup>512</sup> Dann aber würde § 34 StGB zu einem allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, und die „Verbindlichkeit der Spielregeln für die Durchsetzung von Interessen [gerate] [...] unter den generellen Vorbehalt, dass wesentlich überwiegende Interessen auch unter Verletzung dieser Spielregeln [...] durchgesetzt werden können.“<sup>513</sup> Abgesehen von absoluten Rechten wie den in § 34 StGB ausdrücklich genannten Rechtsgütern seien viele Interessen rechtlich nur partiell geschützt und auch nur innerhalb dieser Grenzen als notstandsfähige Rechtsgüter anzuerkennen.<sup>514</sup> Diese Einschränkung lässt sich als Vervollständigung der Ansicht *Lenckners* auffassen: Während *Lenckner* danach fragt, ob die konkrete *Beinträchtigung* des Erhaltungsinteresses gewollt und sein Schutz daher insoweit aufgehoben ist, fragt *Neumann* danach, ob die konkrete *Verteidigung* des Erhaltungsinteresses gegen die Notstandsgefahr ausgeschlossen ist, weil das Erhaltungsgut nur innerhalb eines bestimmten Verfahrens verteidigt werden darf.

Auch *Neumanns* Einschränkung sieht die h. M. kritisch.<sup>515</sup> Es fehle bei *Neumann* erstens an klaren Kriterien zur Bestimmung des Kreises notstandsfähiger Rechtsgüter. Des Weiteren lasse sich die Gefahr einer Entgrenzung des § 34 StGB auch da-

<sup>508</sup> Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 16.

<sup>509</sup> LK/Zieschang, § 34 Rn. 55.

<sup>510</sup> Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 34.

<sup>511</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 24 ff.

<sup>512</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 24.

<sup>513</sup> Ebd.

<sup>514</sup> NK/Neumann, § 34 Rn. 28.

<sup>515</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 67 ff.; Kühl, AT, § 8 Rn. 22; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 130 mit Fn. 7; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 12; LK/Zieschang, § 34 Rn. 52.

durch abwehren, dass man sich im Rahmen der Notstandslage auf den Grundgedanken des rechtfertigenden Notstands besinnt: Dieser sei nur zur Erhaltung eines vorhandenen Wertbestands, nicht aber zur Schaffung neuer Werte ausgelegt, weshalb etwa bloße Erwerbchancen aus dem Kreis notstandsfähiger Rechtsgüter auszuschließen seien. Abgesehen davon könne eine gesetzgeberische Abwägung zwischen gegenläufigen Interessen, d. h. besagte Spielregeln zur Interessendurchsetzung, anstatt eines pauschalen Ausschlusses der Notstandslage auch an anderer Stelle, z. B. bei der Angemessenheit oder Interessenabwägung, berücksichtigt werden.

(c) *Prozedurales Rechtsgutsverständnis*

Die Gedanken der vorstehend beschriebenen Ansätze führt ein (hier sogenanntes) prozedurales Rechtsgutsverständnis fort. Wenn *Neumann* für manche Interessen nur eine Durchsetzung innerhalb gesetzlicher Bahnen, nicht aber mithilfe des § 34 StGB zulassen will und *Lenckner* bestimmten abstrakt geschützten Rechtsgütern die konkrete Schutzwürdigkeit gegen rechtlich bezweckte Beeinträchtigungen abspricht, führt dies zusammengenommen dazu, dass außerhalb des gesetzlichen Rahmens – oder in den Worten der nun dargestellten Ansicht: außerhalb des Verfahrens – ein notstandsfähiges Rechtsgut nicht existiert. Erste Anhaltspunkte für ein solches Verständnis des Rechtsguts bei § 34 StGB lassen sich bei *Rainer Keller* finden.<sup>516</sup> Im Ausgangspunkt sei, so *Keller*, zwischen formalem Recht und materialen, jenseits des Rechts liegenden und von diesem vorgefundenen Rechtsgütern zu unterscheiden. Anders als materielle Rechtsgüter wie die in § 34 StGB ausdrücklich Genannten stelle das bloße Interesse an der Einhaltung einer Norm für sich noch kein Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB dar.<sup>517</sup> Andernfalls entwickelte sich die Notstandsbefugnis zu einer allgemeinen Unrechtsverhinderungs- oder Rechtsdurchsetzungsbefugnis. Das Interesse an der Einhaltung einer Norm erstarke erst zu einem (prozeduralen) Rechtsgut, nachdem das einschlägige Verfahren durchgeführt und abgeschlossen wurde und/oder besondere gesetzliche Voraussetzungen vorliegen. Zu unterscheiden seien also originär materielle Rechtsgüter und solche (prozeduralen) Rechtsgüter, die erst durch ein bestimmtes Verfahren konstituiert werden. *Pawlik* und *Ivó Coca-Vila* gehen noch weiter: Abweichend von *Kellers* Differenzierung sei *jedes* Rechtsgut nur prozedural denkbar.<sup>518</sup> *Pawlik* weist darauf hin, „dass die Vorstellung von „vorstaatlich“ gegebenen – nämlich unabhängig von den spezifischen staatlichen Garantien konstituierten – „Rechtsgütern“ unter den Bedingungen neuzeitlicher Gesellschaften eine Fiktion ohne heuristischen Wert darstellt. *Rechtsgüter* verdanken ihre Existenz allererst der staatlichen *Rechts-* als einer freiheitlich orientierten *Friedensord-*

<sup>516</sup> *Keller*, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, S. 284–291. Freilich vertritt *Keller* im Ergebnis gerade keinen umfassend prozeduralen Rechtsgutsbegriff, sondern sieht in § 34 StGB eine „Relativierung des formalen Rechts zugunsten der materialen Gerechtigkeit“ (S. 287).

<sup>517</sup> Ähnlich auch *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, S. 206.

<sup>518</sup> *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 8 (2024), 61 (71); *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 228 mit Fn. 212 und S. 229 f. mit Fn. 215.

nung [...]“<sup>519</sup> Auch das Leben des Fötus beim Schwangerschaftsabbruch sei z. B. erst durch formale Anforderungen konfiguriert<sup>520</sup> und kein materielles Rechtsgut im Sinne *Kellers*.

*Keller* illustriert sein (teils) prozedurales Rechtsgutsverständnis anhand des staatlichen Strafverfolgungsinteresses.<sup>521</sup> Es handle sich dabei nicht um ein materielles Gut, sondern im Ausgangspunkt nur um einen rechtlich geordneten Prozess, weshalb das Strafverfolgungsinteresse als solches kein Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB, sondern nur eine Zusammenfassung von Normen darstelle.<sup>522</sup> Eine notstandsfähige Rechtsposition entstehe erst, wenn die konkreten Voraussetzungen für eine bestimmte Verfahrenshandlung gegeben seien. So stelle beispielsweise das Interesse an der Verurteilung eines Straftäters erst dann ein Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB dar, wenn der Strafprozess durchlaufen ist und die Voraussetzungen des § 260 Abs. 1 StPO erfüllt sind. Nur so lasse sich vermeiden, dass „die gesetzliche Balancierung von Interessen und Gegeninteressen unter einem übergreifenden Rechtsgut zu vagen Interessenabwägungen aufgelöst wird.“<sup>523</sup> In den Worten *Pawliks*: „Das Rechtsgut „Strafverfolgung“ existiert [...] von vornherein nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen.“<sup>524</sup>

Wenn ohne staatliches Verfahren kein Rechtsgut existiert, sondern dieses erst in Folge bestimmter Verfahrensschritte entsteht, gibt es vor der Verfahrensdurchführung nichts, was durch eine Notstandshandlung verteidigt werden könnte. Ein Vorrang staatlicher Verfahren führte also wieder zur Verneinung der Notstandslage.<sup>525</sup> Genau genommen fällt es bereits schwer, hier von einem *Vorrang* staatlicher Verfahren zu sprechen, denn der privaten Notstandshandlung fehlt es bereits an einem tauglichen Schutzobjekt. Die Tat geht ins Leere, und es entsteht gar kein Nebeneinander von privater und staatlicher Tätigkeit. Allerdings ist diese Ansicht weniger streng als die ersten beiden vorgestellten Einschränkungen, denn *nachdem* das erforderliche Verfahren durchlaufen wurde, ist es nicht ausgeschlossen, dass das nun entstandene prozedurale Rechtsgut auch von Privaten geschützt wird.

### (3) Stellungnahme

Handelt es sich beim Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB um einen *von außen* an das Recht herangetragenen Wert bzw. ein „Gut“, welches das Recht vorfindet, oder wird das Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB erst durch das positive Recht (und innerhalb eines staatlichen Verfahrens) konstituiert? Weil § 34 StGB mit dem „Rechtsgut“ dem

<sup>519</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 230 mit Fn. 215; Hervorhebungen im Original.

<sup>520</sup> *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (71).

<sup>521</sup> Zum Folgenden *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 287 ff.

<sup>522</sup> Im Ergebnis ebenso *NK/Neumann*, § 34 Rn. 31; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 227; *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797 (812); a. A. *Kühl*, AT, § 8 Rn. 29; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 12; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 385.

<sup>523</sup> *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 288.

<sup>524</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 227; eng angelehnt an *Seelmann*, ZStW 95 (1983), 797 (812).

<sup>525</sup> Vgl. *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 287 und 291.

ersten Anschein nach einen „hoch normative[n] „schillernde[n]“ Schlüsselbegriff der Strafrechtsdogmatik“<sup>526</sup> verwendet, besteht die Gefahr dogmatischer Konfusion.<sup>527</sup> Die Diskussion um die allgemeine Rechtsgutslehre unterscheidet bekanntlich zwischen einem systemimmanenten, formalen und einem systemtranszendenten, materialen Rechtsgutsbegriff.<sup>528</sup> Letzterer soll als „Schlagwort verschiedenartiger Kriminalisierungserwägungen“<sup>529</sup> eine gesetzgebungskritische Funktion erfüllen, während ersterer sich auf die Auslegung der einzelnen Straftatbestände bezieht. Mit dem Erfordernis einer „Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder *ein anderes Rechtsgut*“ kann § 34 StGB nun jedenfalls *nicht* den systemtranszendenten Rechtsgutsbegriff meinen.<sup>530</sup> Die Frage, welche materiellen Rechtsgüter durch das Strafrecht geschützt werden dürfen, ist nämlich, sofern man sie überhaupt für sinnvoll hält, *außerhalb* des (straf-)rechtlichen Rahmens angesiedelt.<sup>531</sup> Eine Auslegung, nach welcher § 34 StGB Bezug auf den systemtranszendenten Rechtsgutsbegriff nimmt, missachtete die Grenzen zwischen dem juristischen und dem politischen Diskurs (dazu oben II.3.b), S. 146 ff.). Der rechtfertigende Notstand entwickelte sich durch die Hintertür des Rechtsgutsbegriffs abermals zur Brücke zwischen Recht und Kriminalpolitik<sup>532</sup> und zum Instrument für eine Verrechtlichung kriminalpolitischer Überlegungen am Gesetzgeber (und an der Verfassung) vorbei. Das zeigt sich v. a. dann, wenn die Bewertung eines Verhaltens aus Sicht des systemtranszendenten Rechtsgutsbegriffs anders ausfällt als aus Sicht des systemimmanenten, z. B. weil auf einer Seite des Notstandskonflikts ein auf kriminalpolitischer Ebene umstrittener, positiv-rechtlich (insbesondere verfassungsrechtlich) aber *wirksamer* Straftatbestand im Raum steht. Wäre mit „Rechtsgut“ bei § 34 StGB der systemtranszendente Rechtsgutsbegriff bzw. ein materiales „Rechtsgut, das jenseits des Rechts liegt“<sup>533</sup> gemeint, könnte der rechtfertigende Notstand in solchen Fällen dazu verwendet werden, die

<sup>526</sup> Rönna, JuS 2009, 209.

<sup>527</sup> Weiterführend zum Rechtsgutsbegriff, der Rechtsgutslehre und dem Verhältnis zum Demokratieprinzip NK/Neumann/Saliger, Vor § 1 Rn. 108 ff.; Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 2 ff.; Stratenwerth, FS Lenckner, S. 377 ff.; kritisch Appel, Verfassung und Strafe, S. 340 ff.; Engländer, ZStW 127 (2015), 616 ff.; Stuckenberg, GA 2011, 653 (656 f.); ders., ZStW 129 (2017), 349 ff.; differenzierend Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 11–19; Übersicht bei Rönna, JuS 2009, 209 ff.

<sup>528</sup> Begrifflichkeiten bei Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 19 ff.; vgl. auch Schönke/Schröder/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 9 f.; Engländer, ZStW 127 (2015), 616 (620 f.); Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 18 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, S. 11 ff.; Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 4 f.; Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 349 (349 f.); im Überblick Rönna, JuS 2009, 209 (211); zu den verschiedenen Funktionen des Rechtsgutsbegriffs auch LK/Walter, Vor §§ 13 ff. Rn. 8.

<sup>529</sup> Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 8.

<sup>530</sup> Anders Neumann, FS Merkel, Teilband 1, S. 791 (798): Parallelisierung von notstandsfähigem Rechtsgut und personaler Rechtsgutslehre; ähnlich Greco, ZStW 134 (2022), 1 (76): tiefgreifende Reflexion über die *Legitimationsbedingungen* des jeweils verwirklichten Tatbestands erforderlich.

<sup>531</sup> Vgl. auch Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 349 (350).

<sup>532</sup> Siehe nur Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 279 ff., wo dieses Verständnis ausdrücklich als Grundlage des sodann entwickelten Ansatzes verwendet wird.

<sup>533</sup> Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 286.

jeweils eigene kriminalpolitische Ansicht des Rechtsanwenders zu verrechtlichen.<sup>534</sup> Allgemeine Kriminalisierungserwägungen sind aber innerhalb des Rechts fehl am Platz.<sup>535</sup> Vielmehr ist hier die Existenz eines Rechtsguts bzw. der rechtliche Schutz eines Interesses vom positiven Recht abhängig.<sup>536</sup> In diesem Sinne ist für das Recht jedes Rechtsgut ein formales bzw. (bedenkt man das Rechtssetzungsverfahren) ein prozedurales.<sup>537</sup> Ebenso wenig wie das staatliche Strafverfolgungsinteresse als solches ein Rechtsgut im Sinne des § 34 StGB darstellt, ist dies beim Lebensinteresse des Fötus der Fall, sondern jeweils geht es *für das Recht* allein um das *rechtlich anerkannte* Strafverfolgungsinteresse und um das *rechtlich anerkannte* Lebensinteresse. Der Unterschied zwischen beiden Interessen besteht nur darin, dass das eine stärkeren rechtlichen Schutz erfährt als das andere. Die Vorstellung eines *materiellen* Rechtsguts, welches von außen an das Recht herangetragen wird, ist für § 34 StGB also abzulehnen.<sup>538</sup>

<sup>534</sup> Beispiel: Eine Mutter M erfährt, dass sich ihre beiden Kinder (Bruder B und Schwester S) regelmäßig nachts zum Sex treffen. Um dem vorzubeugen, geht M dazu über, B und S nachts heimlich in ihren jeweiligen Zimmern einzuschließen. Als ein Treffen zwischen B und S bevorsteht, bemerken die beiden die Maßnahme. B ist kräftig genug, um die Zimmertüren gewaltsam aufzutreten, und befreit sich und seine Schwester. Im Rahmen der Strafbarkeit des B nach § 303 StGB stellt sich die Frage, ob er wegen Notwehr gerechtfertigt handelte. Reduziert man den Fall auf das für die vorliegende Arbeit Relevante (zur Frage der Gegenwärtigkeit des Angriffs beispielsweise *Mitsch*, JZ 2023, 230 (231 ff.)), müsste das Einsperren durch M (§ 239 StGB) als rechtswidriger Angriff auf Bs Fortbewegungsfreiheit qualifiziert werden können. M könnte ihrerseits aber nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, weil sie mit der Tat den Beischlaf vereiteln wollte. Dazu müsste sie ein notstandsfähiges Rechtsgut geschützt haben. Bekanntlich ist zweifelhaft, ob § 173 Abs. 2 S. 2 StGB ein Rechtsgut schützt (*Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 452 ff.). Diese Diskussion bewegt sich jedoch auf *kriminalpolitischer* Ebene und nicht innerhalb des juristischen Diskurses. Die Zweifel an der *Legitimität* des § 173 StGB sind innerhalb des § 34 StGB nicht relevant. Sowohl die Strafbarkeit von B und S nach § 173 StGB als auch die des B nach § 303 StGB, weil der Angriff der M nach § 34 StGB gerechtfertigt war (das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen unterstellt), ist mit anderen Worten zwar womöglich nicht legitim, aber *legal*, solange § 173 StGB als Norm verbindlich ist. Dass dessen Verfassungsmäßigkeit vom BVerfG bestätigt wurde (BVerfGE 120, 224 ff.; dazu z. B. *Hörnle*, NJW 2008, 2085 ff.), zeigt die Problematik einer anderen Auffassung zu § 34 StGB: Versteht man das Rechtsgut bei § 34 StGB im Sinne des gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs, könnte jedermann seine gegenüber dem Gesetzgeber *und dem BVerfG* abweichende (kriminalpolitische) Meinung zwangsweise durchsetzen.

<sup>535</sup> Die hierfür bereits angeführten Argumente (oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff. und C.II.3.b), S. 146 ff.) zeigen sich im Zusammenhang mit der Rechtsgutslehre besonders deutlich, vgl. *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (631 ff.); bedenke auch BVerfGE 120, 224 (241 f.).

<sup>536</sup> Vgl. auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 18 f.: „Formal betrachtet bedeutet ein Rechtsgut nichts anderes als ein rechtlich geschütztes Gut, beruht also allein auf einem Werturteil der positiven Rechtsordnung.“

<sup>537</sup> Allgemein etwa auch *Schönke/Schröder/Eisele*, Vor §§ 13 ff., Rn. 9; *MüKoStGB/Joeks/Erb*, Einl. Rn. 35; *MüKoStGB/Freund*, Vor § 13 Rn. 46; *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (352 f.); *Stucken-berg*, GA 2011, 653 (656 f.); das gegenteilige Verständnis, wenn man sich auf der kriminalpolitischen Ebene bewegt, illustriert *Greco*, 2. FS Roxin, Band 1, S. 199 (208): „Ein Gut wird geschützt, weil es wertvoll ist, und nicht umgekehrt ist es wertvoll, weil es geschützt wird.“

<sup>538</sup> Übereinstimmend *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (71); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 230 mit Fn. 215.

Daraus folgt nun aber nicht, dass das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren ein Problem der Notstandslage ist. Sucht man auf dieser Ebene entsprechend der Arbeitshypothese nach einem rechtlich geschützten Interesse, fragt sich, welche Anforderungen an diesen „rechtlichen Schutz“ zu stellen sind. Entweder reicht jede irgendwie geartete Berücksichtigung eines Interesses durch die Rechtsordnung aus, oder es braucht eine qualifizierte Schutzwürdigkeit des Interesses im Einzelfall. Beide Möglichkeiten sind mit dem soeben beschriebenen formalen Rechtsgutbegriff vereinbar, denn auch mit einem weiten Verständnis ist eine hinreichende Anbindung an das positive Recht gesichert. Allerdings steht allein das weite Verständnis mit der Systematik des § 34 StGB im Einklang. Die Frage, ob ein Interesse auch im konkreten Fall – gegenüber der konkreten Gefahr (*Lenckner*) oder in der konkreten Art und Weise seiner Verteidigung (*Neumann*) – schutzwürdig ist, soll nämlich § 34 StGB *insgesamt* beantworten.<sup>539</sup> Ob das Erhaltungsinteresse konkret schutzwürdig ist, richtet sich danach, ob die Notstandshandlung nach § 34 StGB gerechtfertigt werden kann. Eine Situation, in der eine Tat zum Schutz eines *konkret schutzwürdigen* Interesses *nicht* nach § 34 StGB gerechtfertigt wäre, ist kaum vorstellbar. Wer auf Ebene der Notstandslage eine konkrete Schutzwürdigkeit des Erhaltungsinteresses verlangt, benötigt daher die anderen gesetzlichen Vorgaben des § 34 StGB – insbesondere die der Erforderlichkeit, Interessenabwägung und Angemessenheit – nicht mehr, sondern beantwortet die Rechtfertigungsfrage allein innerhalb der Notstandslage. Erst mit einer Unterscheidung zwischen abstrakter Anerkennung als Rechtsgut und konkreter Schutzwürdigkeit desselben als Ergebnis der Rechtswidrigkeitsprüfung<sup>540</sup> lässt sich die Systematik des § 34 StGB erklären. Dies gilt besonders für den Vorrang staatlicher Verfahren. § 34 StGB erschöpft sich nicht in einer Bestimmung des Verhältnisses zwischen staatlichen Verfahren und privaten Notstandstaten, sondern die Vereinbarkeit der Notstandstat mit einem Vorrang staatlicher Verfahren ist nur *eine* Voraussetzung für die Notstandsrechtfertigung.<sup>541</sup> Wer besondere Anforderungen an die Qualität eines notstandsfähigen Rechtsguts stellt, verstrickt sich also in systematische Widersprüche.<sup>542</sup> Will man dem entgegen, muss es für die Rechtsgutsqualität eines Interesses mit der h. M. ausreichen, dass die-

<sup>539</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Gedanken im Zusammenhang mit dem Nötigungsnotstand *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 310; vgl. weiterhin *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 204 zur Interessenabwägung; *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 252 f. zur Notwehr.

<sup>540</sup> Vgl. auch die Unterscheidung bei *Coca-Vila*, ZStW 130 (2018), 959 (970).

<sup>541</sup> Das zeigt sich bei *Böse*, ZStW 112 (2001), 40 (46 ff.): Auch wenn zuvor (S. 45 f.) und später (S. 57 ff.) der Einfluss staatlicher Verfahren auf die Rechtfertigung einer Tat diskutiert wird, spielen solche Verfahren für die Notstandsfähigkeit der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) keine Rolle.

<sup>542</sup> Vgl. nochmals *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 55. Zu einem weitergehenden Einwand gegen die mit *Lenckner* verwandte Ansicht *Paglotkes* (dazu siehe oben C. Fn. 502), die im Ergebnis dazu führt, dass § 34 StGB nur noch *rechtswidrige* Gefahren erfasst, siehe *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 332 ff.

ses in irgendeiner Art und Weise rechtlich geschützt ist.<sup>543</sup> Ob das Rechtsgut auch konkret schutzwürdig ist und inwieweit es im Verhältnis zu staatlichen Verfahren durch Private verteidigt werden darf, entscheiden die anderen Voraussetzungen des § 34 StGB.<sup>544</sup>

#### bb) Der Streit um die Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter

Weiterhin ist problematisch, wem ein Rechtsgut zustehen muss, damit es notstandsfähig ist. Unzweifelhaft kann Erhaltungsgut des § 34 StGB jedes Individualrechtsgut sein.<sup>545</sup> Fraglich ist aber, ob und inwieweit auch Rechtsgüter der Allgemeinheit Schutzobjekt einer Notstandshandlung sein können. Dies ist auch deshalb relevant, weil die problematischen Fälle der Abgrenzung zwischen staatlichen und privaten Kompetenzen regelmäßig solche sind, die den Schutz eines Kollektivrechtsguts zum Gegenstand haben. In solchen Fällen stellt sich das Problem möglicherweise vorrangiger staatlicher Verfahren mit aller Dringlichkeit.<sup>546</sup> Nicht zufällig ist deshalb die Frage nach der Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter eng mit dem Verhältnis des § 34 StGB zu staatlichen Verfahren verbunden.<sup>547</sup>

Abermals besteht aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgutsbegriffe (systemimmanent und systemtranszendent) eine Gefahr begrifflicher Missverständnisse. Diskussionen über kollektive Rechtsgüter sind meist auf kriminalpolitischer Ebene angesiedelt und beschäftigen sich damit, welche Interessen der Allgemeinheit strafrechtlichen Schutz verdienen und daher ein Rechtsgut im systemtranszendenten Sinne darstellen.<sup>548</sup> Vorliegend geht es jedoch um eine Betrachtung kollektiver Rechtsgüter *innerhalb* des rechtlichen Rahmens, und diesbezüglich fällt eine Begriffsbestimmung vergleichsweise leicht: Ein Individualrechtsgut liegt vor, wenn das Rechtsgut die Interessen einer Person oder einer Personengruppe umfasst, während es bei einem kollektiven Rechtsgut um den rechtlichen Schutz von Interessen beliebig vieler Personen, d. h. der Allgemeinheit, geht.<sup>549</sup>

<sup>543</sup> Ebenso Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 16; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 65; Kühl, AT, § 8 Rn. 22; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 9; KKWiG/Rengier, § 16 Rn. 5; ders., AT, § 19 Rn. 8; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 12; LK/Zieschang, § 34 Rn. 49 f.; vgl. auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 130 mit Fn. 7.

<sup>544</sup> Vgl. auch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 67 ff.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 130 mit Fn. 7; ähnlich zum Unterschied zwischen grundrechtlichem Schutzbereich und Eingriff Böse, ZStW 112 (2001), 40 (50).

<sup>545</sup> Siehe nur Rengier, AT, § 19 Rn. 8.

<sup>546</sup> Vgl. auch Greco, ZStW 134 (2022), 1 (88).

<sup>547</sup> Exemplarisch Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 17; KKWiG/Rengier, § 16 Rn. 11.

<sup>548</sup> Exemplarisch Greco, 2. FS Roxin, Band I, S. 199 ff.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 111 ff.; Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 10 und 45c ff.; zur Volksgesundheit Pérez-Sauquillo Muñoz, GA 2021, 328 ff.

<sup>549</sup> Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, S. 144; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S. 19. Auch im systemimmanenten Sinne können als weitere Merkmale kollektiver Rechtsgüter deren Nicht-Distributivität (das Rechtsgut kann nicht in einzelne Teile zerlegt werden) und Nicht-Ausschließlichkeit (das Rechtsgut kann von jedermann genutzt werden) genannt werden, vgl. Greco, 2. FS Roxin,

Der Großteil der Rechtsprechung und Literatur bejaht die Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter.<sup>550</sup> Voraussetzung sei, dass ein konkretisierbares Allgemeininteresse rechtlich geschützt wird.<sup>551</sup> Andere dagegen lehnen die Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter generell ab<sup>552</sup> oder beschränken sie auf mittelbar individual-schützende Kollektivrechtsgüter im Sinne einer Zusammenfassung mehrerer Individualrechtsgüter.<sup>553</sup>

Zunächst berufen sich alle Ansichten auf den Gesetzeswortlaut. Vertreter der die Notstandsfähigkeit insgesamt ablehnenden Ansicht verstehen die Voraussetzung des § 34 StGB, der Täter müsse handeln, um eine Gefahr „von sich oder einem anderen“ abzuwenden, in Übereinstimmung mit § 32 StGB. Weil § 32 StGB nach ganz h.M. lediglich Individualrechtsgüter erfasst,<sup>554</sup> sei § 34 StGB identisch auszulegen und auch beim rechtfertigenden Notstand die Verteidigung kollektiver Rechtsgüter unzulässig.<sup>555</sup> Die h.M. hingegen versteht die zitierte Sequenz des § 34 StGB als Hinweis auf die Einbeziehung der Notstandshilfe, d. h. der Abwendung einer Gefahr für Rechtsgüter eines Dritten, ohne dass damit eine Aussage zur Notstandsfähigkeit von Kollektivrechtsgütern getroffen werde.<sup>556</sup> Außerdem stelle die Verteidigung eines Kollektivrechtsguts immer auch die Abwehr einer Gefahr von „einem anderen“ dar.<sup>557</sup> So seien die meisten kollektiven Rechtsgüter zumindest mittelbar auf Individualrechtsgüter zurückzuführen. Selbst der Staat und dessen Einrichtungen würden

---

Band 1, S. 199 (203); *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 111 f.; allgemein auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 31 V.

<sup>550</sup> *Bergmann*, JuS 1989, 109 (110); *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (566); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 72 f.; *ders.*, JuS 2010, 108; *Fischer*, § 34 Rn. 5; *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (85); *Lackner/Kühl/Heger*, § 34 Rn. 4; *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 (450 ff.); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 361; *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 311 ff.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 21; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (67 f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 181; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 10; *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 175 ff.; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 8; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 113 ff.; *Stam*, in: *ders./Werkmeister* (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, S. 171 (176–183); *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 49, 54; *ders.*, JR 2023, 141 (143); wohl auch *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 458 f.; siehe auch die oben B.II.3, S. 25 ff. zitierte Rechtsprechung.

<sup>551</sup> Das Konkretisierungserfordernis findet sich bei *Kühl*, AT, § 8 Rn. 31; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (75 ff.) unter Verweis auf *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 206; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 97–98. Es wird aber nicht einheitlich verstanden. Kritisch *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 285 f.

<sup>552</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 17; *ders.*, JZ 2023, 255 (256 f.); *Frister*, AT, § 17 Rn. 2; *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 7 ff.; für die Schweiz *Arzt*, FS Rehberg, S. 25 (29 f.).

<sup>553</sup> *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 302; *Hotz*, NJW 2018, 2066; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 22; *ders.*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (594); vgl. auch *KKOWiG/Rengier*, § 16 Rn. 9 ff.

<sup>554</sup> Siehe nur *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 36 ff.

<sup>555</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 17; *Hotz*, NJW 2018, 2066.

<sup>556</sup> *Bergmann*, JuS 1989, 109 (110); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 21; *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 (450); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 10; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 54; meist unter Verweis auf BT-Drucksache IV/650 S. 159.

<sup>557</sup> Zum Folgenden *Stam*, in: *ders./Werkmeister* (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, S. 171 (177 ff.); allgemein im Zusammenhang mit kollektiven Rechts-

nicht als Selbstzweck, sondern wegen ihrer friedenssichernden Funktion im Interesse individueller Rechtsgüter geschützt. Aber auch bei Rechtsgütern, die nicht auf Individualrechtsgüter bezogen sind, wie beispielsweise der Tierschutz,<sup>558</sup> bleibe die Allgemeinheit Trägerin der Rechtsgüter. Eine Gefahr für ein der Gemeinschaft zustehendes kollektives Rechtsgut stelle immer zugleich eine Gefahr für jedes einzelne Mitglied dieser Gemeinschaft dar, sodass auch in dem Fall der Notstandstäter eine Gefahr „von sich oder einem anderen“ abwende.<sup>559</sup> Als weiteres Wortlautargument für die Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter wird von der h.M. der Passus „oder ein anderes Rechtsgut“ angeführt, der deutlich mache, dass § 34 StGB Rechtsgüter jeder Art erfasse.<sup>560</sup> Dem möglichen Einwand, das andere Rechtsgut müsse mit den im Gesetz exemplarisch aufgeführten Individualrechtsgütern vergleichbar sein, wie dies beispielsweise bei § 823 Abs. 1 BGB gefordert wird, halten diese Vertreter entgegen, dass § 34 StGB ausdrücklich nicht von einem „vergleichbaren Rechtsgut“ spreche.<sup>561</sup>

Die Gegner der Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter argumentieren außerdem mit der „Ratio des rechtfertigenden Notstands“.<sup>562</sup> Der rechtfertigende Notstand „soll den Schutzinteressen eines in Not befindlichen Bürgers Rechnung tragen, nicht aber den Einzelnen dazu ermächtigen, seine Mitmenschen zugunsten der Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen.“<sup>563</sup> Dem Einzelnen ein Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit aufzuerlegen, sei Sache des Staates. Andernfalls entwickle sich § 34 StGB „zu einer Art „Superermächtigungsnorm“ für die Wahrung öffentlicher Belange durch jedermann.“<sup>564</sup> Außerdem sei die Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter nicht mit dem Solidaritätsprinzip vereinbar.<sup>565</sup> Demgegenüber will die h.M. den Schutz staatlicher Zuständigkeiten an anderer Stelle, etwa im Rahmen der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, bei der Interessenabwägung oder der Angemessenheit, erreichen.<sup>566</sup> Ohnehin sei nicht ersichtlich, weshalb der Schutz kollektiver Rechtsgüter stärker in Konflikt mit staatlichen Kompetenzen gerate als der Schutz

---

gütern auch *Greco*, 2. FS Roxin, Band 1, S. 199 (204 ff.); *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 11; vgl. auch *MüKoStGB/Freund*, Vor § 13 Rn. 49; *LK/Walter*, Vor §§ 13 ff. Rn. 13.

<sup>558</sup> Jedenfalls nach herrschender Auslegung, siehe für a. A. *Hotz*, NJW 2018, 2066; *Neumann*, FS Merkel, Teilband 1, S. 791 (798).

<sup>559</sup> Hinter diesem Ansatz steht der Einfluss *Hegels*: Der Staat als das konkret Allgemeine, welches sowohl die einzelnen Mitglieder (als Besondere) als auch sich selbst (als abstrakt Allgemeines) umfasst, siehe beispielsweise *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 258.

<sup>560</sup> *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 54.

<sup>561</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 21.

<sup>562</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 17; ebenso *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 7; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 22.

<sup>563</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 17.

<sup>564</sup> *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 7.

<sup>565</sup> *NK/Neumann*, § 34 Rn. 22.

<sup>566</sup> *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (131); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 73 und 182 ff.; *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 440 (453); vgl. auch *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 311 ff. und 317 ff.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 27; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (67 f.); *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 176; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 53.

individueller Rechtsgüter.<sup>567</sup> Solidarität sei zudem nicht zwingend auf das Verhältnis zweier Individuen beschränkt, sondern ein Anspruch des Individuums gegen die Allgemeinheit auf Solidarität sei ebenso begründbar wie ein Solidaritätsanspruch der Allgemeinheit gegen den Einzelnen.<sup>568</sup>

Hinter dem Bemühen, nur solche Rechtsgüter als notstandsfähig einzuordnen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf individuelle Rechtsgüter zurückführen lassen,<sup>569</sup> steht der Einfluss der monistisch-personalen Rechtsgutslehre.<sup>570</sup> Diese „funktionalisiert die Interessen der Allgemeinheit von den Interessen der Person her, sieht Güter der Gesellschaft und des Staates zu Gütern des Individuums in einer Ableitungsbeziehung: erkennt Interessen der Allgemeinheit als berechtigte nur an, soweit sie personalen Interessen dienen.“<sup>571</sup> Mit solchen Überlegungen bewegt man sich jedoch wieder auf der kriminalpolitischen Ebene und nicht, wie hier, innerhalb des rechtlichen Rahmens.<sup>572</sup> Allein mit der personalen Rechtsgutslehre lässt sich eine Einschränkung des Kreises notstandsfähiger Rechtsgüter auf dogmatischer Ebene nicht verbindlich begründen. Ähnliches gilt für die Argumentation mit dem Solidaritätsprinzip. Das durch die Uneinigkeit, zwischen welchen Rechtsgutsträgern (nur zwischen Bürgern untereinander oder auch zwischen Bürgern und der Allgemeinheit) nun ein Solidaritätsanspruch anzunehmen ist, entstehende argumentative Patt innerhalb der Anhänger des Solidaritätskonzepts wird dadurch noch verstärkt, dass andere Theorien zur Legitimation des rechtfertigenden Notstandes zu anderen Auslegungsergebnissen führen. Insbesondere kollektivistisch geprägte Theorien, wie etwa der „utilitaristische“ Ansatz und die Ansicht *Pawliks*, müssten in der Verteidigung kollektiver Rechtsgüter sogar den Grundfall des rechtfertigenden Notstands sehen.<sup>573</sup> Sowohl der Einfluss der personalen Rechtsgutslehre und als auch derjenige der verschiedenen Notstandstheorien illustrieren die problematischen Auswirkungen einer Ableitung dogmatischer Aussagen aus theoretischen Konzepten: Letztere sind nicht mit allgemeiner Verbindlichkeit ausgestattet und dürfen daher auch nicht durch § 34 StGB rechtlich aufgeladen werden. Die Lösung des Problems ist daher *vorrangig* auf rechtlicher Ebene zu suchen.

Dass bei der Frage nach der Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter argumentativ auf Kriminalisierungs- oder Notstandstheorien zurückgegriffen wird, mag u. a.

<sup>567</sup> *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 440 (453).

<sup>568</sup> *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 284; *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (361); siehe auch *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (566); weitere Überlegungen bei *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 440 (451 ff.).

<sup>569</sup> Oben C. Fn. 553.

<sup>570</sup> Dazu *NK/Neumann/Saliger*, Vor § 1 Rn. 131 ff.; teils auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 59 ff. (siehe aber ebd., S. 81 ff.).

<sup>571</sup> *NK/Hassemer/Neumann*, Vor § 1 Rn. 132.

<sup>572</sup> Weiterführend *Engländer*, FS Neumann, S. 547 (556 ff.); bedenke auch erneut BVerfGE 120, 224 (241 f.).

<sup>573</sup> Vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 108 f., 179 ff.; gleiches gilt wohl für *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (69 und 85).

daran liegen, dass sich der Wortlaut des § 34 StGB wie gesehen für alle Ansichten fruchtbar machen lässt. Historisch sollte mit § 34 StGB aber die Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand aufgegriffen und „jedes Rechtsgut als notstandsfähig anerkannt“<sup>574</sup> werden. Bedenkt man, dass bereits das Reichsgericht nach der Anerkennung des Notstands als Rechtfertigungsgrund<sup>575</sup> mit der Wirtschaft des Ruhrgebiets<sup>576</sup> und der Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln<sup>577</sup> kollektive Rechtsgüter für notstandsfähig hielt, spricht die historische Auslegung für die h. M.<sup>578</sup> Der einzige Grund, der gegen die Notstandsfähigkeit sprechen könnte, ist dann die von den Gegnern befürchtete Aushöhlung staatlicher Befugnisse. Das zu vermeiden ist zwar auch Ziel der vorliegenden Arbeit, doch kann dieses Ziel an anderer Stelle des § 34 StGB differenzierter erreicht werden als durch eine pauschale Verneinung der Notstandsfrage.<sup>579</sup> Mit der h. M. sind daher auch Rechtsgüter der Allgemeinheit notstandsfähig.

### cc) Gegenwärtige Gefahr

Die notstandsfähigen Rechtsgüter müssen einer gegenwärtigen Gefahr ausgesetzt sein. Gefahr ist ein Zustand, in dem bei natürlicher Weiterentwicklung des Geschehens die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.<sup>580</sup> Die Gefahr ist gegenwärtig, wenn sich diese Wahrscheinlichkeit so verdichtet hat, dass der Eintritt des Schadens sicher oder zumindest höchst wahrscheinlich ist, wenn nicht alsbald Abwehrmaßnahmen eingeleitet werden.<sup>581</sup> Beispielsweise für *Jakobs* geht es hierbei „darum, den aktuellen Schutz vor Not im Notstand von dem planmäßigen Schutz als Aufgabe der Polizei zu sondern.“<sup>582</sup> Auch *Friedrich Dencker* will durch das Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr staatliche Kompetenzen wahren.<sup>583</sup> Dabei sei auch die Vergeblichkeit staatlicher Gefahrenabwehr vom Einzelnen zu akzeptieren. Wie staatliche Entscheidungen durch Anforderungen an die Gegenwärtigkeit einer Gefahr gewahrt werden können, zeigt schließlich *George P. Fletcher*: Je näher der drohende Schaden, desto weniger könne das Individuum über Zeit, Ort oder das konkrete Opfer seiner Verteidigung entscheiden.<sup>584</sup> Dies löse das „problem of limiting the competence of individuals to override legislative judgment about the social welfare“<sup>585</sup>. Auch ein Blick auf die Beispiele im vorigen Kapitel belegt, dass

<sup>574</sup> BT-Drucksache IV/650 S. 159.

<sup>575</sup> RGSt 61, 242 (254 ff.).

<sup>576</sup> RGSt 62, 35 (46 f.).

<sup>577</sup> RGSt 77, 113 (115 f.).

<sup>578</sup> Vgl. auch *Roxin/Graco*, AT I, § 16 Rn. 13.

<sup>579</sup> Ebenso die oben C. Fn. 566 Genannten.

<sup>580</sup> *Rengier*, AT, § 19 Rn. 9.

<sup>581</sup> *Rengier*, AT, § 19 Rn. 12; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 462.

<sup>582</sup> *Jakobs*, AT, 13/15.

<sup>583</sup> *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (485 ff.).

<sup>584</sup> *Fletcher*, University of Pittsburgh Law Review 57 (1996), 553 (569).

<sup>585</sup> Ebd.

häufig über das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr diskutiert wird. Exemplarisch sei auf die Klimaproteste und die Frage, ob der Klimawandel eine gegenwärtige Gefahr darstellt, verwiesen.<sup>586</sup>

Richtigerweise lässt sich das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren aber nicht allein durch eine Bestimmung der zeitlichen Grenzen des rechtfertigenden Notstands klären. Das Merkmal der gegenwärtigen Gefahr bei § 34 StGB betrifft diese Frage nur mittelbar. Dass Private nur innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens Notstandshandlungen vornehmen dürfen, hat für sich genommen keinen über jede andere Voraussetzung des § 34 StGB hinaus gehenden Bezug zu staatlichen Kompetenzen.<sup>587</sup> Ob eine Rechtfertigung am nicht erfüllten Gegenwartigkeitserfordernis, daran, dass ein nicht wesentlich überwiegendes Interesse geschützt wurde, oder am fehlenden subjektiven Rechtfertigungselement scheitert, ist mit Blick auf staatliche Verfahren gleichgültig. Um die Probleme des Vorrangs staatlicher Verfahren innerhalb des Merkmals der gegenwärtigen Gefahr vollständig erfassen und etwa, wie dies *Dencker* beabsichtigt, auch die *Verweigerung* staatlicher Hilfe berücksichtigen zu können, müsste das Merkmal anders ausgelegt werden als nach den obigen Definitionen.<sup>588</sup> Dies wäre jedoch mit dem Wortlaut nicht vereinbar: Ein bevorstehender Schaden wird nicht dadurch abgewendet, dass man zur Duldung des Schadens verpflichtet wird.<sup>589</sup> Die Verweigerung staatlicher Hilfe ist zwar möglicherweise ein auch für § 34 StGB beachtlicher Umstand, doch beseitigt eine vergebliche staatliche Gefahrenabwehr nicht die gegenwärtige Gefahr. Das Verhältnis zu staatlichen Verfahren lässt sich mit dem Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr also nicht bestimmen.

## b) Gefahr nicht anders abwendbar

### aa) Einleitung

Neben der gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut verlangt § 34 StGB weiterhin, dass diese Gefahr nicht anders als durch die Notstandshandlung abwendbar ist.<sup>590</sup> Damit ist die Voraussetzung der Erforderlichkeit angesprochen: Die Notstandshandlung muss geeignet sein, die Gefahr abzuwenden, und unter mehreren zur Verfügung stehenden Mitteln das mildeste darstellen.<sup>591</sup> Das vorige Kapitel zeigte, dass das Verhältnis zwischen staatlicher und privater Gefahrenabwehr oft im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit angesprochen und an dieser Stelle nicht selten auch abschließend beurteilt wird. Dabei lassen sich zwei Vorgehensweisen aus-

<sup>586</sup> Siehe z.B. nochmals *F.-L. Schmidt*, *KlimR* 2023, 16 (18); allgemein oben B.III.3.b)aa)(2), S. 66 ff.

<sup>587</sup> Dazu auch noch unten D.II.4.c)cc)(4), S. 283 ff. und E.IV.2.b), S. 431 ff.

<sup>588</sup> Zur normativen Aufladung des Gefahrenbegriffs bei *Paglotke* siehe oben C. Fn. 502.

<sup>589</sup> Vgl. auch *Reichert-Hammer*, *Politische Fernziele und Unrecht*, S. 182.

<sup>590</sup> Dies wird von manchen auch als Merkmal der Notstandslage eingeordnet, siehe oben C. Fn. 497.

<sup>591</sup> Siehe nur *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 18; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 23.

machen, die anhand zweier Beispiele illustriert werden können. So bejahte das OLG Naumburg im ersten Tierschützer-Fall eine Notstandsrechtfertigung mit dem Argument, die Einschaltung staatlicher Akteure zum Schutz der Tiere sei nicht erfolgversprechend, d. h. nicht geeignet im Sinne der Erforderlichkeit, gewesen.<sup>592</sup> Demgegenüber hielt der BGH in den BtM-Eigentherapie-Fällen staatliche Verfahren auch dann für vorrangig und eine Notstandsrechtfertigung mangels Erforderlichkeit für ausgeschlossen, wenn das staatliche Verfahren *nicht* zur Abwehr der Gefahr führt.<sup>593</sup> Die Gegenüberstellung dieser beiden Entscheidungen reflektiert die Kontroverse zwischen einer eng an den Merkmalen der Geeignetheit und Eingriffsintensität orientierten Beurteilung und einem normativen Verständnis der Erforderlichkeit,<sup>594</sup> der sich die folgenden Überlegungen widmen.

#### *bb) Drei Möglichkeiten und ihre Auswirkungen*

Die unterschiedlichen Ansätze wirken sich – ergänzt durch vermittelnde Ansichten (unten (3)) – sowohl auf die Verortung als auch auf die inhaltliche Behandlung des Vorrangs staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand aus.

##### *(1) Erforderlichkeit als Geeignetheit und Eingriffsintensität*

Nach der bereits beschriebenen herkömmlichen Auslegung des Merkmals der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr<sup>595</sup> ist Ziel dieser Voraussetzung, einerseits eine bestmögliche Abwehr der Gefahr zu ermöglichen, diese Abwehr aber andererseits auf das am wenigsten stark eingreifende Mittel zu begrenzen.<sup>596</sup> Das erste Merkmal, die Geeignetheit der Notstandshandlung, verlangt dabei nicht, dass die drohende Schädigung des Erhaltungsguts durch die Notstandshandlung mit Sicherheit abgewendet werden kann. Ausreichend ist vielmehr eine Erhöhung der Rettungschance<sup>597</sup> in dem Sinne, dass die Abwehr der Gefahr „nicht ganz unwahrscheinlich“ ist.<sup>598</sup> Existiert nur ein einziges rettungsgeeignetes Mittel, ist dieses immer auch erforderlich.<sup>599</sup> Stehen dagegen mehrere geeignete Mittel zur Verfügung, ist in einem zweiten Schritt dasjenige Mittel auszuwählen, welches aus Sicht des Eingriffsguts am wenigsten einschneidend ist.<sup>600</sup> Insgesamt werden die verschiedenen Mittel zunächst

<sup>592</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 22 und 25.

<sup>593</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 18–21.

<sup>594</sup> Siehe auch nochmals *Lesch*, StV 1993, 578 (581 f.).

<sup>595</sup> Ausführlich dazu *Lenckner*, FS Lackner, S. 95 ff.; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen § 32 und § 34 StGB im Bereich der Erforderlichkeit *Petersen*, JA 2017, 502 ff.; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 189 ff.

<sup>596</sup> *Lenckner*, FS Lackner, S. 95 (100); siehe auch *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 26.

<sup>597</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 23.

<sup>598</sup> *Lenckner*, FS Lackner, S. 95 (99); differenzierend *Petersen*, JA 2017, 502 (503).

<sup>599</sup> *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 114; *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 29; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 85; *Lenckner*, FS Lackner, S. 95 (98); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 19; *Seelmann*, ZStW 89 (1977), 36 (38).

<sup>600</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 86.

nach dem Grad ihrer Eignung zur Rettung des Erhaltungsguts und dann nach dem Grad der Inanspruchnahme des Eingriffsguts beurteilt und miteinander verglichen.<sup>601</sup> Erforderlich ist demnach<sup>602</sup> erstens das mildeste und zugleich am besten geeignete Mittel, zweitens unter mehreren gleich geeigneten das mildeste Mittel, drittens unter mehreren gleich eingriffsintensiven das am besten geeignete,<sup>603</sup> viertens unter mehreren gleich geeigneten und gleich schweren Mittel jedes einzelne und fünftens ebenso jedes Mittel, wenn die verfügbaren Mittel unterschiedlich schwer und unterschiedlich geeignet sind, ohne dass die größere Eignung mit einer geringeren Schwere oder die geringere Eignung mit einer größeren Schwere einher geht.<sup>604</sup>

Legt man das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit so aus und sieht im Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren allein eine Frage der Erforderlichkeit, wären staatliche Verfahren immer vorrangig, wenn eine der soeben beschriebenen Möglichkeiten einschlägig ist. Dann bestünde kein Unterschied zwischen einem staatlichen Verfahren und alternativen *privaten* Mitteln zur Gefahrenabwehr,<sup>605</sup> und privates Vorgehen wäre sehr häufig gerechtfertigt. Schon wegen fehlender Geeignetheit kämen staatliche Verfahren häufig nicht als Alternative in Betracht. So sind staatliche Verfahren oft zeitaufwendiger als das private Vorgehen – man denke nur an das demokratische oder gerichtliche Verfahren.<sup>606</sup> Auch abgesehen von diesem zeitlichen Moment sind manche Verfahren deshalb nicht zur Abwehr der Gefahr geeignet, weil das einschlägige Recht die Abwehr der Gefahr als Verfahrensergebnis gar nicht vorsieht. Auch dann ist die Notstandshandlung des Bürgers effektiver. Wenn z. B. nach BtMG die Erteilung einer Genehmigung für bestimmte Stoffe zur Schmerzlinderung gar nicht möglich ist, wäre das Genehmigungsverfahren auch nicht zur Abwehr der konkreten Gefahr geeignet und der Anbau der Pflanzen im Sinne des § 34 StGB erforderlich.<sup>607</sup> Auch im ersten Tierschützer-Fall wäre übereinstimmend mit dem OLG Naumburg die Erforderlichkeit der Notstandshandlung zu bejahen, weil die Behörden absehbar nicht zur Gefahrenabwehr eingeschritten wären.<sup>608</sup>

Was die Eingriffsintensität angeht, ist die Lösung solcher Fälle, in denen die Notstandsgefahr durch gleich geeignete *eigene* Mittel des Staates und unter Verzicht auf einen Eingriff in Rechte Einzelner abgewehrt werden kann, vergleichsweise einfach. Man stelle sich nur vor, dass staatlicherseits schmerzlindernde Betäubungsmittel angebaut und dem Betroffenen bei Bedarf ausgehändigt werden. Ein anderes Beispiel:

<sup>601</sup> Lenckner, FS Lackner, S. 95 (100).

<sup>602</sup> Zum Folgenden Lenckner, FS Lackner, S. 95 (109); siehe auch SK/Hoyer, § 34 Rn. 30 f.; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 20a; Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 187 ff.

<sup>603</sup> Hierzu auch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 112; SK/Hoyer, § 34 Rn. 29.

<sup>604</sup> Hierzu auch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 127 f.; Kühl, AT, § 8 Rn. 95.

<sup>605</sup> In diese Richtung etwa Pelz, NStZ 1995, 305 (309).

<sup>606</sup> Siehe auch zur Notwehr Lagodny, GA 1991, 300 (309); Stahl, Notwehr gegen Unterlassen, S. 282.

<sup>607</sup> KG, Beschl. v. 18.11.2002 – (4) 1 Ss 273/02 (122/02) –, juris Rn. 6.

<sup>608</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 22 und 25.

Anstatt den einen Passanten angreifenden Hund mithilfe des Regenschirms eines unbeteiligten Dritten abzuwehren, was die einzige Verteidigungsmöglichkeit des Passanten wäre, verwendet der herbeieilende Polizist seinen eigenen Schlagstock. Oder ein Beispiel aus dem Polizeirecht: Obdachlose werden, anstatt sie in Wohnungen privater Nichtstörer einzuweisen, in städtischen Sozialwohnungen untergebracht.<sup>609</sup> Jeweils ist das staatliche Vorgehen gleich geeignet, findet aber aufgrund der Verwendung eigener Mittel des Staates ohne Eingriff in Interessen Unbeteiligter statt und ist daher milder als ein privater Eingriff, sodass die Notstandshandlung nicht erforderlich ist.<sup>610</sup> Dasselbe gilt, wenn zwar auch bei staatlichem Vorgehen ein Eingriff beim Opfer notwendig wäre, dieser jedoch gegenüber dem privaten Vorgehen weniger intensiv ist,<sup>611</sup> weil z. B. der Polizist im schonenden Umgang mit fremden Regenschirmen zur Abwehr von Hunden geübt ist, während der gefährdete Passant den Schirm zerstört hätte. In allen anderen Fällen obsiegt jedoch bei einer Subsumtion unter die herkömmlichen Voraussetzungen der Nicht-anders-Abwendbarkeit das private gegenüber dem staatlichen Vorgehen.

Wer also die Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr anhand der Geeignetheit und Eingriffsintensität der fraglichen Maßnahmen bestimmt und den Vorrang staatlicher Verfahren ausschließlich hier verortet, versteht den Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand allein als Frage der Geeignetheit und Eingriffsintensität und bejaht, wie das OLG Naumburg im ersten Tierschützer-Fall, eine Notstandsrechtfertigung insbesondere dann, wenn staatlicherseits keine Abhilfe geschaffen wird oder würde.

## (2) Erforderlichkeit als Subsidiarität

Wie schon die Rechtsprechung des BGH in den BtM-Eigentherapie-Fällen zeigt, kommt jedoch auch eine andere Auslegung der Nicht-anders-Abwendbarkeit in Betracht. Verortet man zwar die Frage nach dem Verhältnis zwischen staatlichen Verfahren und privaten Notstandshandlungen auf Ebene der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, legt dieses Merkmal jedoch *normativ* und weitgehend unabhängig von Eignung und Eingriffsintensität aus,<sup>612</sup> beinhaltet das Merkmal eine normative Subsidiarität des Notstands gegenüber staatlichem Vorgehen.<sup>613</sup> Damit soll, so liest man oft, erreicht werden, dass das staatliche Gewaltmonopol nur soweit wie unbedingt erfor-

<sup>609</sup> Zu den polizeirechtlichen Obdachlosen-Fällen und dem Vorrang einer Unterbringung in öffentlichen Einrichtungen nur *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 441.

<sup>610</sup> Vgl. auch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 115; vgl. zur Notwehr *Stahl*, *Notwehr gegen Unterlassen*, S. 278 ff.

<sup>611</sup> Allgemeine Meinung, siehe *Kühl*, AT, § 7 Rn. 120 und § 8 Rn. 86; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 20; zur Notwehr *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 164; *Sengbusch*, *Subsidiarität der Notwehr*, S. 261.

<sup>612</sup> Deutlich bei *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (184): *Gefahr bei normativer Betrachtung anders abwendbar*.

<sup>613</sup> Vgl. nochmals die Analyse von *Lesch*, StV 1993, 578 (581 f.).

derlich durchbrochen wird.<sup>614</sup> Im Vergleich zum herkömmlichen Verständnis der Erforderlichkeit dient das Merkmal dann nicht mehr dem Eingriffsoffer, indem dessen Rechte nur soweit wie unbedingt nötig beeinträchtigt werden sollen, sondern in erster Linie dem Staat und dessen Gewaltmonopol.<sup>615</sup> Mit dieser Auslegung stünde die Entscheidung des BGH im Eigentherapie-Fall in Einklang. Dass mit einer Abwehr der Gefahr durch staatliche Stellen im ersten Tierschützer-Fall nicht zu rechnen war, wäre dann, anders als das OLG Naumburg meint, irrelevant. Zum Schutz des staatlichen Gewaltmonopols wären staatliche Verfahren auch vorrangig, wenn sie ungeeignet oder im Vergleich zum privaten Vorgehen eingriffsintensiver sind.<sup>616</sup>

### (3) Vermittelnde Ansichten

Daneben lassen sich ausgehend von verschiedenen Ideen in der Literatur (meist zu § 32 StGB) auch vermittelnde Ansätze konstruieren. Weil die herkömmliche Auslegung des Erforderlichkeitskriteriums dem größtmöglichen Schutz der involvierten Rechtsgüter und ihrer Inhaber (des Notstandstäters durch die bestmögliche Eignung und des Eingriffsoffers durch die geringstmögliche Eingriffsintensität des Mittels) und das Verständnis als normative Subsidiarität dem Interesse des Staates am Schutz seines Gewaltmonopols dient, liegt es nahe, eine zwischen beiden Ansichten vermittelnde Lösung zu entwickeln, indem man belegt, dass die Interessen des Staates mit den Interessen der an der Notstandslage Beteiligten übereinstimmen. Einen solchen Versuch unternimmt wie gesehen *Engländer* für die Nothilfe.<sup>617</sup> Im Rahmen einer interessenorientierten Betrachtungsweise sucht er nach den Gründen hinter der Annahme eines staatlichen Gewaltmonopols und ermittelt in Anlehnung an *John Locke* verschiedene Defizite eines Naturzustands ohne staatlich monopolisierte Zwangsanzwendung.<sup>618</sup> Im Ergebnis minimiere das staatliche Gewaltmonopol das Risiko einer Zwangsfehlanzwendung durch Private, weshalb ein Vorrang staatlicher Hilfe im Interesse aller, also auch im (wohlverstandenen) Interesse von Angegriffenem und Angreifer sei.<sup>619</sup> Übertragen auf § 34 StGB<sup>620</sup> ließe sich diese Übereinstimmung von staatlichem und privatem Interesse mit den Kriterien der Geeignetheit und Eingriff-

<sup>614</sup> Matt/Renzikowski/*Engländer*, § 32 Rn. 34; *Kühl*, AT, § 7 Rn. 119; *Petersen*, JA 2017, 502 (505 und 507); *Rengier*, AT, § 18 Rn. 50; *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (184); vgl. auch *Burr*, JR 1996, 230 (232); *R. Haas*, *Notwehr und Nothilfe*, S. 294 ff.; *Lagodny*, GA 1991, 300 (309 ff.); *LK/Rönau/Hohn*, § 32 Rn. 183; *Sengbusch*, *Subsidiarität der Notwehr*, S. 272 ff.

<sup>615</sup> Vgl. auch *Fischer*, § 32 Rn. 35.

<sup>616</sup> In diese Richtung etwa *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (196); *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78); wohl auch *Böse*, ZStW 112 (2001), 40 (51) mit Blick auf die Möglichkeit der Beantragung einer Genehmigung (beachte aber ebd., S. 57 ff.); *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (449 ff.); siehe auch *Arzt*, FS Schaffstein, S. 77 (82).

<sup>617</sup> Dazu bereits oben B.III.2.c), S. 56 ff.

<sup>618</sup> *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 159 ff.

<sup>619</sup> Vgl. *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 163 f.; Matt/Renzikowski/*ders.*, § 32 Rn. 34.

<sup>620</sup> *Engländer* selbst verortet den Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB auf Ebene der Angemessenheit und stimmt im Ergebnis häufig mit dem hier entwickelten Ansatz überein (Matt/Ren-

sintensität im Sinne der herkömmlichen Auslegung der Nicht-anders-Abwendbarkeit in Einklang bringen, indem man staatliche Verfahren aufgrund der allgemeinen Defizite privaten Vorgehens als die *abstrakt* besser geeigneten oder milderen Mittel einordnet. Dies führte zu einer Art Vermutung für die Nicht-Erforderlichkeit privaten Vorgehens und dazu, dass sich die Subsidiarität des Notstands als Subsumtion unter die herkömmlichen Merkmale der Erforderlichkeit darstellte. Daraus folgte ein „Prima-facie-Vorrang“ des Staates, von dem in Fällen konkret-situativ besserer Eignung oder Effektivität privaten Vorgehens, z. B. wenn die Zwangsfehlanwendungsriskien aufgrund der Übersichtlichkeit der Situation oder privaten Sonderwissens gering wären, Ausnahmen zugelassen werden könnten.<sup>621</sup>

Eine andere Verbindung zwischen Erforderlichkeit und Subsidiarität lässt sich erreichen, wenn man in Anlehnung an *René Sengbusch* das Prinzip der Verhältnismäßigkeit heranzieht.<sup>622</sup> Dieses verpflichtet *den Staat* dazu, das relativ mildeste Mittel zu wählen. Hierzu sei, so *Sengbusch*, ebenfalls ein Vergleich zwischen staatlicher und privater Maßnahme vorzunehmen.<sup>623</sup> Staatliche Maßnahmen, die im Vergleich zu privaten den schwereren Eingriff darstellen, seien daher unverhältnismäßig und rechtswidrig. Rechtswidrige Hoheitsakte begründeten aber keine Subsidiarität (bei *Sengbusch*: der Notwehr), sondern es gelte allein ein Vorrang rechtmäßiger staatlicher Maßnahmen.<sup>624</sup> Wendet man dies auf § 34 StGB an, so lässt sich damit erneut ein normativ verstandener Vorrang staatlicher Verfahren mit den Kriterien der Eignetheit und des relativ mildesten Mittels verbinden: Wenn staatliche Verfahren nur vorrangig sind, wenn sie rechtmäßig sind, dies aber davon abhängt, dass sie das mildeste Mittel darstellen, sind staatliche Verfahren nur vorrangig, wenn sie gegenüber privatem Vorgehen weniger eingriffsintensiv sind.<sup>625</sup>

Schließlich ist drittens noch ein weiterer Weg denkbar, auf dem eine Verbindung zwischen dem Verständnis der Nicht-anders-Abwendbarkeit als Eignung und Eingriffsintensität und als normative Subsidiarität hergestellt werden könnte. Ruft man sich in Erinnerung, dass ein staatliches Vorgehen gegenüber dem Eingriffsadressaten in aller Regel zu einer öffentlich-rechtlichen Duldungspflicht führt bzw. führen kann, und vertritt im Rahmen des rechtfertigenden Notstands einen Vorrang des durch andere Rechtfertigungsgründe, z. B. der Einwilligung, gerechtfertigten Eingriffs,<sup>626</sup> so könnte man unabhängig von der konkret-situativen Eingriffsintensität

---

zikowski/*Engländer*, § 34 Rn. 35; *ders.*, JZ 2023, 255 (259f.). Vorliegend wird lediglich an *Engländers* Überlegungen zur Notwehr angeknüpft und versucht, diese für § 34 StGB weiter zu entwickeln.

<sup>621</sup> In diese Richtung auch *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 172–174.

<sup>622</sup> *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 264 ff.; vgl. auch *Erb*, FS Nehm, S. 181 (181 mit Fn. 2); *Pelz*, NStZ 1995, 305 (307); *Schönke/Schröder/Perron/Eisele*, § 32 Rn. 41; *Seebode*, FS Krause, S. 375 (388).

<sup>623</sup> *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 265 f.

<sup>624</sup> *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 259 f.

<sup>625</sup> Zu weitergehenden Einschränkungen der Notwehrbefugnis durch Subsidiarität im Rahmen der Gebotenheit vgl. *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 273 ff.

<sup>626</sup> Siehe nur *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 121; *Lenckner*, FS Lackner, S. 95 (104f.); *Schönke/Schröder*

einen Vorrang des durch eine staatliche Ermächtigungsgrundlage gerechtfertigten Eingriffs gegenüber der privaten Notstandstat annehmen.<sup>627</sup> Ein möglicher staatlicher Eingriff wäre demnach aufgrund der damit verbundenen Duldungspflicht normativ betrachtet *immer* – nicht nur im Zweifel – milder als die Notstandshandlung, privates Vorgehen also im Verhältnis zu tatsächlich durchgeführten Hoheitsakten *nie* erforderlichlich.

*cc) Stellungnahme: zwei Fragen – zwei Antworten*

Richtigerweise sind zwei Fragen zu unterscheiden: Wie ist das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr bei § 34 StGB auszulegen? Und bestimmt sich das Verhältnis zu staatlichen Verfahren (allein) anhand dieses Merkmals? Diese Differenzierung ermöglicht Antworten, die in Übereinstimmung mit Wortlaut und Systematik des § 34 StGB der Eigenart des Vorrangs staatlicher Verfahren gerecht werden.

Hinsichtlich der Auslegung des Merkmals der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr bei § 34 StGB ist an den herkömmlichen Kriterien der Geeignetheit und Eingriffsintensität und deren Beurteilung anhand primär tatsächlicher Umstände im konkreten Einzelfall festzuhalten. Gegen eine Normativierung des Merkmals im Sinne einer Subsidiarität gegenüber staatlichen Verfahren spricht schon der Wortlaut. Durch die Annahme, die Gefahr sei unabhängig davon *anders abwendbar*, ob sie durch staatliches Vorgehen tatsächlich abgewendet wird, wird der Wortlaut „arg strapaziert“.<sup>628</sup> Auch wegen Art. 103 Abs. 2 GG ist dies abzulehnen.<sup>629</sup> Hinzu kommt, dass sich Erforderlichkeit und Subsidiarität in ihrer Bedeutung für die Rechtfertigungsgründe strukturell voneinander unterscheiden: Die Erforderlichkeit einer Verteidigungshandlung *begründet* die entsprechende Befugnis, während die Subsidiarität in einem weiteren Schritt deren Reichweite bestimmt.<sup>630</sup> Die beiden Kriterien haben auch nicht immer dieselben Ziele: Während die Voraussetzungen der Geeignetheit und des relativ mildesten Mittels den bestmöglichen Schutz der in den Notstandskonflikt involvierten Rechtsgüter bezwecken, dient das Subsidiaritätskriterium nach überwiegendem (hier freilich nicht vollumfänglich geteiltem<sup>631</sup>) Verständnis dem Schutz des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>632</sup>

---

der/Perron, § 34 Rn. 20; vgl. auch Jescheck/Weigend, AT, S. 363 f. (zur Angemessenheit); allgemein kritisch z. B. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 238 ff.

<sup>627</sup> Überlegungen in diese Richtung bei Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 252 f.

<sup>628</sup> Kühn, AT, § 7 Rn. 121; vgl. auch Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, S. 182; Seebode, FS Krause, S. 375 (387); Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 262.

<sup>629</sup> Erb, FS Nehm, S. 181 (183); Seebode, FS Krause, S. 375 (387 f.); Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 245. Zur Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG für Rechtfertigungsgründe siehe oben C. Fn. 457.

<sup>630</sup> Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 186 ff.; zur Einbeziehung der Erforderlichkeit in die Notstandslage siehe oben C. Fn. 497.

<sup>631</sup> Unten D.II.4.c)bb), S. 263 ff.

<sup>632</sup> Vgl. Erb, FS Nehm, S. 181 (183); Seebode, FS Krause, S. 375 (386 ff.); Wilenmann, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 186.

Die vermittelnden Ansichten sind hierbei freilich mit weniger Problemen konfrontiert. V. a. der an *Engländer* angelehnte interessenorientierte Ansatz ist aber einem grundsätzlichen Einwand ausgesetzt, den *Alon Harel* im Zusammenhang mit Überlegungen zu einem staatlichen Strafmonopol formuliert.<sup>633</sup> Das Verhältnis zwischen Staat und Bürger dürfe, so *Harel*, nicht allein instrumentell oder mit Blick auf die Effektivität staatlichen Vorgehens beurteilt werden,<sup>634</sup> sondern es seien *normative* (bei *Harel*: staatszentrierte<sup>635</sup>) Überlegungen erforderlich. Andernfalls hänge die Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten von kontingenten Umständen ab und könne sich ändern, sobald Private besser zur Zielerreichung geeignet seien oder etwaige praktische Probleme behoben wurden.<sup>636</sup> Auch wenn sich die vorliegende Arbeit nicht in jedem Punkt *Harel* anschließt,<sup>637</sup> ist der von ihm angemahnte normative Ansatz instrumentellen Überlegungen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger vorzuziehen. Das zeigt sich bereits im BtM-Eigentherapie-Fall: Die behördliche (rechtmäßige) Entscheidung, den Erwerb, Besitz usw. bestimmter Stoffe *nicht* zu genehmigen, muss in irgendeiner Art und Weise auch für § 34 StGB relevant sein und gegen die Möglichkeit einer freihändigen Interessenmaximierung immunisiert<sup>638</sup> werden.<sup>639</sup> Dem wird eine auf die allgemein bessere Eignung und geringere Eingriffsintensität staatlichen Vorgehens bezogene Abgrenzung staatlicher und privater Befugnisse nicht gerecht. Eine interessenorientierte Verschmelzung von Erforderlichkeit und Subsidiarität ist daher abzulehnen.

Gleiches gilt auch für die anderen beiden vermittelnden Lösungen. So lässt *Sengbusch* mit dem Vorrang (nur) rechtmäßiger, weil verhältnismäßiger staatlicher Maßnahmen die insbesondere im Zusammenhang mit Verwaltungsakten geltende Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit (§ 43 Abs. 1 (L)VwVfG)<sup>640</sup> und die damit verbundene Verbindlichkeit auch *rechtswidriger* Entscheidungen außer Acht.<sup>641</sup> Dem wird zwar die dritte Möglichkeit, die allein auf eine wirksame öffentlich-rechtliche Duldungspflicht auf der Seite des Eingriffsoffiziers abstellt, gerecht,

<sup>633</sup> Zum Folgenden *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 (118 ff.); *ders.*, *Why Law Matters*, S. 78 f. und 105 f.; *Dorfman/ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 ff.; *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 229 ff.; *ders.*, *Nomos* 60 (2019), 52 ff.; insoweit übereinstimmend mit *Harel* auch *Husak*, in: Flanders/Hoskins (Hrsg.), *The New Philosophy of Criminal Law*, S. 97 (109).

<sup>634</sup> Eine instrumentelle Argumentation bei der Abgrenzung zwischen staatlichen und privaten Befugnissen ist auch sonst keine Seltenheit, vgl. etwa *Bracher*, *Gefahrenabwehr durch Private*, S. 83 ff. und 88 ff.; *Schröder*, *Die Verwaltung* 50 (2017), 309 (333 ff.); *Werner*, *Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat*, S. 8 f.

<sup>635</sup> Exemplarisch *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 (122).

<sup>636</sup> *Harel*, *Why Law Matters*, S. 78; *Husak*, in: Flanders/Hoskins (Hrsg.), *The New Philosophy of Criminal Law*, S. 97 (109); vgl. auch *Thorburn*, *University of Toronto Law Journal* 60 (2010), 425 (439).

<sup>637</sup> Dazu unten D.II.4.d)cc), S. 294 ff.

<sup>638</sup> *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 219.

<sup>639</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 18–21.

<sup>640</sup> *Maurer/Waldhoff*, *AllgVwR*, § 10 Rn. 2 ff.

<sup>641</sup> Kritisch im Zusammenhang mit seinem eigenen Ansatz zur Nothilfe auch *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 166 f. mit Fn. 37; *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 32 Rn. 34.

doch erscheint dies wiederum zu pauschal, weil Rechtsschutzmöglichkeiten gegen staatliches Handeln samt ihrer aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) nicht berücksichtigt werden. Außerdem kann eine öffentlich-rechtliche Duldungspflicht nur entstehen, wenn staatlicherseits tatsächlich gehandelt wird, nicht aber bereits dann, wenn dem Staat nur die rechtliche Erlaubnis hierzu eingeräumt wurde. Dies wird zwar zum Teil vertreten,<sup>642</sup> führte aber zu einem Wettlauf zwischen Staat und Privatem: Solange das staatliche Verfahren noch nicht durchgeführt wurde, wäre privates Vorgehen zulässig. Stellte man demgegenüber auf die bloße *Möglichkeit* einer Duldungspflicht kraft staatlicher Maßnahmen ab, führte dies, bedenkt man, dass zur Abwehr einer jeden Gefahr ein staatliches Verfahren abstrakt verfügbar ist, dazu, dass es nie oder nur selten zu einer Rechtfertigung nach § 34 StGB kommen könnte. Die anderen vermittelnden Ansichten zur Verknüpfung von Erforderlichkeit und Subsidiarität überzeugen also ebenfalls nicht.

Dass sich die Ablehnung interessenorientierter Betrachtungsweisen mit der hier favorisierten nicht-normativen Bestimmung der Nicht-anders-Abwendbarkeit<sup>643</sup> verträglich, liegt an der Unterscheidung zwischen der Frage nach der richtigen Auslegung der Nicht-anders-Abwendbarkeit auf der einen und der nach der Verankerung des Vorrangs staatlicher Verfahren auf der anderen Seite. Staatliche Verfahren sind innerhalb der Nicht-anders-Abwendbarkeit gegenüber privaten Notstandshandlungen vorrangig, wenn sie im konkreten Einzelfall aus tatsächlicher Sicht besser zur Abwehr der Gefahr geeignet oder bei gleicher Eignung weniger eingriffsintensiv sind als das private Vorgehen.<sup>644</sup> Dies folgt jedoch nicht an ihrer Qualität als *staatliche Verfahren*, sondern daraus, dass das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit den bestmöglichen Schutz von Eingriffs- und Erhaltungsgut bezweckt und daher besser geeignete oder mildere Mittel unabhängig vom jeweiligen Akteur bevorzugt.<sup>645</sup> Damit wird aber das Problem des Vorrangs staatlicher Verfahren nicht vollständig erfasst.<sup>646</sup> Wer das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren allein anhand der Geeignetheit und Eingriffsintensität der Notstandstat bestimmt, hat sich bereits ein Urteil darüber, dass das mit der Tat verfolgte Ziel „an sich“ berechtigt ist,

<sup>642</sup> Jakobs, AT, 13/44a; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 62; beachte aber Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 228 mit Fn. 212.

<sup>643</sup> Dass Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371 (389) in der Frage, welcher Grad der Eignung des Rettungsmittels für eine Rechtfertigung ausreicht, eine *normative Frage* sieht, schadet nicht, denn hier geht es um die Feststellung der Geeignetheit im konkreten Fall und nicht um die Ermittlung des hierfür abstrakt-generell notwendigen Eignungsgrades.

<sup>644</sup> So im Ergebnis auch Pelz, NStZ 1995, 305 (307); Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371 (391 f.); Seebode, FS Krause, S. 375 (385); Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 257 ff.; vgl. auch Bock, ZStW 131 (2019), 555 (568 f.); Felde/Ort, ZIS 2018, 468 (474); Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, § 15 Rn. 44; Stam, in: ders./Werkmeister, S. 171 (184); ähnlich Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 20; Details oben B.III.2, S. 55 ff.

<sup>645</sup> Ebenso Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (212 f.); Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 243 ff. und 262 ff.; vgl. auch Seebode, FS Krause, S. 375 (385 ff.).

<sup>646</sup> Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (212 f.); Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 317.

gebildet und fragt nur noch danach, wie dieses Ziel am besten erreicht werden kann.<sup>647</sup> Auch hier werden mithin individuelle Wertungen vorgenommen, die von Wertungen der zuständigen staatlichen Stellen (insbesondere des Gesetzgebers) unabhängig sind. Will man das vermeiden, darf sich der Vorrang staatlicher Verfahren nicht in Fragen der Geeignetheit und Eingriffsintensität erschöpfen. Das zwingt bei § 34 StGB jedoch nicht zu einer anderen Auslegung der Nicht-anders-Abwendbarkeit, sondern nur zur Einsicht, dass diese normative Seite des Vorrangs staatlicher Verfahren innerhalb der Erforderlichkeit nicht hinreichend berücksichtigt werden kann. Dass eine private Notstandshandlung trotz staatlicher Verfahren zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist, ist daher nur notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung einer Notstandsrechtfertigung.<sup>648</sup> Das übersehen all diejenigen, die zwar ein richtiges Verständnis der Nicht-anders-Abwendbarkeit an den Tag legen, mit der Bejahung dieses Merkmals im Verhältnis zu staatlichen Verfahren aber zugleich die Rechtfertigungsfrage insgesamt für geklärt halten.<sup>649</sup>

Infolgedessen ist sowohl die Rechtsprechung des BGH in den Eigentherapie-Fällen als auch das Urteil des OLG Naumburg im ersten Tierschützer-Fall kritisch zu sehen.<sup>650</sup> In beiden Entscheidungen liegt ein richtiger Gedanke, der jedoch nicht konsequent umgesetzt wurde. Das OLG Naumburg erkennt zutreffend, dass ein aller Voraussicht nach nicht zur Abwehr der Notstandsgefahr führendes staatliches Verfahren auf Ebene der Erforderlichkeit nicht vorrangig ist.<sup>651</sup> Andererseits ist dem BGH zuzustimmen, wenn er den Vorrang staatlicher Verfahren als normatives Problem versteht und zumindest nicht allein von der Frage, ob das staatliche Verfahren im konkreten Fall zur Abwehr der Gefahr geführt hätte, abhängig macht.<sup>652</sup> Dass dies vom BGH als Frage der Erforderlichkeit behandelt wurde, ist allerdings ebenso abzulehnen, wie der Umstand, dass das OLG Naumburg seine Prüfung des § 34 StGB nach Bejahung der Nicht-anders-Abwendbarkeit beendete.

<sup>647</sup> Das zeigt sich z. B. auch bei OLG Hamm, Urt. v. 05.10.2023 – III-1 ORs 27/23 –, juris, Rn. 15.

<sup>648</sup> Mit der Einordnung übereinstimmend *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (212f.); *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 317; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 62; *ders.*, FS Dahs, S. 81 (112); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 228 mit Fn. 213; *ders.*, ZStW 114 (2002), 259 (270f.); *Richter*, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 295f.; vgl. auch die zweistufige Erörterung des Problems bei *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (132ff.); *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 21 und 35; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 115 und Rn. 254ff.; *Jakobs*, AT, 13/18 und 13/36ff.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 86 und Rn. 175ff.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 58 und Rn. 119f.; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 20, 35 und 40ff.; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 23 und 56f.; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 117 und 121; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 468 und Rn. 484f.; vgl. weiterhin *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, S. 193; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 252; *Wilenmann*, Freiheitsdistribuition und Verantwortungsbegriff, S. 184ff.

<sup>649</sup> Aus der Literatur beispielsweise *Fischer*, § 34 Rn. 9a; *Lackner/Kühl/Heger*, § 34 Rn. 3; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 88; *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (392).

<sup>650</sup> Weiter zu den Fällen unten E.III.3.b), S. 410ff. (BtM-Fall) und E.IV.3.a)bb), S. 436ff. (Tierschützer I).

<sup>651</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 22 und 25.

<sup>652</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 21.

*dd) Ergebnis*

Festzuhalten ist also: Die Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr bestimmt sich anhand der Eignung zur Gefahrenabwehr und der Eingriffsintensität der Notstandshandlung und ihrer Alternativen im konkreten Fall. Das Verhältnis zu staatlichen Verfahren ist damit jedoch nur zum Teil geklärt. Der Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand ist nicht nur eine Frage von Eignung und Eingriffsintensität, sondern ein normatives Problem und entgegen weiten Teilen der Rechtsprechung nicht nur eines der Erforderlichkeit.

*c) Interessenabwägung und Angemessenheit**aa) Einleitung*

Da die vorstehenden Merkmale des § 34 StGB eine umfassende Behandlung des Problems möglicherweise vorrangiger staatlicher Verfahren nicht zulassen, bleiben – zumindest *innerhalb* des § 34 StGB<sup>653</sup> – noch die Möglichkeiten, das Problem entweder im Rahmen der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB oder als Kriterium der Angemessenheit im Sinne des § 34 S. 2 StGB zu verorten. Für beide Varianten finden sich Vertreter in Rechtsprechung und Literatur. Dabei verbindet sich die Frage nach der Verortung des Vorrangs staatlicher Verfahren erneut mit verschiedenen Auffassungen über die inhaltliche Behandlung des Problems, aber auch mit gesetzes-systematischen, legitimatorischen und methodischen Vorfragen zu einem im ersten Zugriff unübersichtlichen Geflecht, das im Folgenden erst entwirrt werden muss.

*bb) Meinungsstand und Hintergründe**(1) Vorrang staatlicher Verfahren in Interessenabwägung oder Angemessenheit*

Viele sprechen das Verhältnis zwischen privater Notstandstat und staatlichen Verfahren innerhalb der Interessenabwägung an.<sup>654</sup> Dabei gibt es zwei Vorgehensweisen.<sup>655</sup>

<sup>653</sup> Zur Konkurrenzfrage unten C.IV.3, S. 200 ff.; Pawliks Ansatz, der das Problem als Frage der Anwendbarkeit des § 34 StGB behandelt, es aber positiv-rechtlich in der Angemessenheit verortet (Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 185 f.), wird in den vorliegenden Abschnitt mit einbezogen.

<sup>654</sup> Bergmann, JuS 1989, 109 (111); Bock, ZStW 131 (2019), 555 (569 ff.); SK/Hoyer, § 34 Rn. 101 f.; Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319 ff.; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; Pelz, NStZ 1995, 305 (309); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; Richter, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 324 f. und 356 ff.; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 51 ff. und 93; Winkelbauer, NStZ 1988, 201 (204); LK/Zieschang, § 34 Rn. 162; ders., JR 2023, 141 (146); wohl Scheuerl/Glock, NStZ 2018, 448 (451); aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis Martin, University of Cincinnati Law Review 73 (2005), 1527 (1586 f.).

<sup>655</sup> Dass die beiden Vorgehensweisen als unterschiedliche Behandlung *desselben* Problems aufgefasst werden, liegt auch an dem hier verwendeten weiten Verfahrensbegriff, der über das demokratische Verfahren auch Entscheidungen des Gesetzgebers einbezieht. Die Literatur trennt dagegen oft zwischen vorrangigen gesetzgeberischen Entscheidungen und einer Sperrwirkung staatlicher Verfahren (oben B.III, S. 54 ff.). Den Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen behandelt

Ein materieller Ansatz<sup>656</sup> legt den Fokus auf staatliche Entscheidungen als Ergebnis eines Verfahrens, deren *Inhalt* vom Notstandstäter zu respektieren sei.<sup>657</sup> Diese Entscheidung determiniere im Fall ihres „Vorrangs“ das Ergebnis der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB, sodass das Ergebnis des vorrangigen staatlichen Verfahrens und das Ergebnis der Prüfung des § 34 StGB übereinstimmen. Wenn der Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut in der staatlichen Entscheidung zugunsten des Notstandstäters und zulasten des Eingriffsoffers aufgelöst wird, sei der Konflikt auch einer damit übereinstimmenden Auflösung durch den Notstandstäter zugänglich; wurde staatlicherseits zum Nachteil des Notstandstäters entschieden, sei dieser Umstand auch bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen innerhalb des § 34 S. 1 StGB zu berücksichtigen. Das führe dazu, dass das zu schützende Interesse das beeinträchtigte Interesse *nicht* überwiegt.

Andere, die das Verhältnis zwischen privater Notstandstat und staatlichen Verfahren ebenfalls als Frage der Interessenabwägung behandeln, verfolgen dagegen einen formellen Ansatz.<sup>658</sup> Nicht die inhaltliche Entscheidung als Ergebnis eines staatlichen Verfahrens, sondern die hinter einem Vorrang staatlicher Verfahren stehenden Werte werden in die Interessenabwägung einbezogen. Unabhängig davon, wie ein staatliches Verfahren endet, sollen bereits das Verfahren an sich, das (vorausgesetzte) Gebot, staatliche Verfahren zu respektieren, oder die diesem Gebot zugrunde liegenden Werte als Abwägungsgesichtspunkte fungieren. In die Abwägung einzustellen seien z. B. der Rechtsfrieden, die Rechtstreue, die Verbindlichkeit rechtlicher Regelungen, die Bedeutung der Tat für die Rechtsordnung als Ganze, ihre Wirkung auf die Geltung der Rechtsordnung, die Unverbrüchlichkeit der Verfahrensordnung, das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Gesamtgeltung des Verfahrens usw. – zusammengefasst also ein „Geltungsinteresse“ bzgl. der Verfahrensordnung oder der gesamte Rechtsordnung.<sup>659</sup> Damit ist ein gegenüber dem materiellen Ansatz engeres Verständnis des rechtfertigenden Notstands verbunden. Während jener bei einem inhaltlichen Gleichlauf zwischen staatlicher Entscheidung und Notstands-

---

sie häufig nach dem materiellen, die Sperrwirkung staatlicher Verfahren nach dem formellen Ansatz (siehe z. B. LK/Zieschang, § 34 Rn. 160–163).

<sup>656</sup> Im Zusammenhang mit der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen als „Prinzipienlösung“ im Gegensatz zur „Konkurrenzlösung“ bezeichnet, siehe Peters, GA 1981, 445 (447); Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 52 ff.

<sup>657</sup> Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 51, 93 und § 14 Rn. 48; ähnlich Greco, ZStW 134 (2022), 1 (85 ff.); Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 152 f.; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 224; MüKoStGB/Schlehofer, Vor § 32 Rn. 281; LK/Zieschang, § 34 Rn. 160; vgl. auch Otto, NJW 1973, 688; Rudolphi, NStZ 1984, 248 (253); Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 43 ff.

<sup>658</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (569 f.); SK/Hoyer, § 34 Rn. 101; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 40 f.; Winkelbauer, NStZ 1988, 201 (204); LK/Zieschang, § 34 Rn. 162; teils auch Frisch, FS Puppe, S. 425 (449); vgl. auch Arzt, FS Rehberg, S. 25 (36); Lagodny, GA 1991, 300 (309 ff.); Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 332 (beachte aber ebd., S. 343 f.).

<sup>659</sup> Losgelöst von der Subsidiaritätsdiskussion Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 113 f. und 128.

handlung eine Notstandsrechtfertigung bejaht, gelangt der formelle Ansatz möglicherweise trotzdem nicht zum Ergebnis, dass das Erhaltungsinteresses gegenüber dem Eingriffsinteresse (samt den genannten Geltungsinteressen) überwiegt.

Wieder andere verorten den Vorrang staatlicher Verfahren in der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB.<sup>660</sup> Wenn die Rechtsordnung für die Bewältigung der Gefahrenlage ein bestimmtes Verfahren zur Verfügung stellt, sei die Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter außerhalb dieses Verfahrens kein angemessenes Mittel. Erst in der Angemessenheitsklausel sei der Ort, um den „formellen Rechtsstaat gegenüber der freihändigen Nutzenoptimierung durch Interessenabwägung [zu] garantieren.“<sup>661</sup> Auch hier ist ein materielles und formelles Vorgehen denkbar, abhängig davon, ob auf die inhaltliche staatliche Entscheidung oder auf das Verfahren an sich abgestellt wird. Jeweils betreffen die angestellten Überlegungen aber nicht unmittelbar das Gewicht von Erhaltungs- und Eingriffsinteresse, sondern man bewegt sich gedanklich auf einer dem konkreten Konflikt übergeordneten Ebene.

## (2) Allgemeines Verhältnis von Interessenabwägung und Angemessenheit

Ob der Vorrang staatlicher Verfahren innerhalb der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB oder der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB behandelt wird, hängt mit verschiedenen Ansichten zum allgemeinen Verhältnis dieser beiden Merkmale zueinander zusammen. Historisch stehen hinter den beiden Merkmalen die Güter- bzw. Interessenabwägungs- auf der einen und die Zwecktheorie auf der anderen Seite, die vor der Kodifizierung bzw. vor der höchstrichterlichen Anerkennung des rechtfertigenden Notstands durch das Reichsgericht zur Begründung der rechtfertigenden Wirkung des Notstands herangezogen wurden.<sup>662</sup> Während die Güterabwägungstheorie eine Handlung rechtfertigen wollte, wenn sie ein höherrangiges Rechtsgut schützt,<sup>663</sup> kam es der Zwecktheorie darauf an, ob die Handlung ein angemessenes Mittel zu einem legitimen Zweck ist.<sup>664</sup> Weil die Unterschiede zwischen der schon beim Reichsgericht zur Interessenabwägung gewandelten Güterabwägungs-<sup>665</sup> und

<sup>660</sup> Böse, ZStW 112 (2001), 40 (57); Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (213); Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 35; ders., JZ 2023, 255 (259); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 254 ff.; Grebing, GA 1979, 81 (106); Horter/Zimmermann, GA 2023, 481 (493); Jakobs, AT, 13/36; Jescheck/Weigend, AT, S. 364; Kühl, AT, § 8 Rn. 175 ff.; Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 103 f.; Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 55 ff.; ders., FS Dachs, S. 81 (111); NK/Neumann, § 34 Rn. 119; Rengier, AT, § 19 Rn. 56 f.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 253 ff.; ders., GS Tröndle, S. 355 (362); Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 121 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 484 f.; im Ergebnis auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 186 (beachte oben C. Fn. 653).

<sup>661</sup> Jakobs, AT, 13/36.

<sup>662</sup> Ausführlich Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 51 ff.; vgl. auch Grebing, GA 1979, 81 (89); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 46; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 91; siehe auch BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris Rn. 10 und oben C.II.2.b)aa), S. 98 ff.

<sup>663</sup> So dem Wortlaut nach RGSt 61, 242 (255).

<sup>664</sup> Eb. Schmidt, ZStW 49 (1929), 350 (374 ff.).

<sup>665</sup> Hierzu oben C. Fn. 53.

der Zwecktheorie gering sind,<sup>666</sup> entbrannte mit der Kodifikation des rechtfertigenden Notstands ein Streit um das Verhältnis besagter Elemente des § 34 StGB. Wer sich auf die dogmengeschichtlichen Hintergründe stützt, sieht angesichts der weitgehenden Übereinstimmung von Güterabwägungs- und Zwecktheorie in der Interessenabwägungs- und Angemessenheitsklausel eine unnötige Doppelung und beschränkt sich daher auf eines der beiden Merkmale – in der Regel die Interessenabwägung –, während das andere überflüssig sein soll.<sup>667</sup> Das Angemessenheitsmerkmal diene allenfalls als Kontrollklausel, die den Rechtsanwender dazu anhalte, sich am Ende der Abwägung nach § 34 S. 1 StGB zu vergewissern, dass das ermittelte Ergebnis richtig und gerecht ist,<sup>668</sup> oder die darauf hinweist, dass das Erhaltungsinteresse zweifelsfrei überwiegen muss.<sup>669</sup> Vertreter der Gegenmeinung lösen sich von der Entstehungsgeschichte und entwickeln anhand des Gesetzeswortlauts eine Lesart, die beiden Merkmalen einen eigenständigen Gehalt zuweist.<sup>670</sup> Zu differenzieren sei zwischen Aspekten, die den Abwägungsmaßstab betreffen, solchen, die sich zumindest mittelbar auf die involvierten Rechtsgüter beziehen und innerhalb der Abwägung zu beachten sind, und abwägungsfesten Schranken dieser Abwägung im Rahmen der Angemessenheit.<sup>671</sup>

### (3) Interessenbegriff bei § 34 StGB

Auf die Abgrenzung zwischen Interessenabwägung und Angemessenheit ist wiederum von Einfluss, wie man den Begriff des Interesses in Satz 1 des § 34 StGB versteht, welche Vorstellung man von den sich im konkreten Fall gegenüberstehenden Interessen hat und wie man diesbezüglich allgemeine Rechtsprinzipien und -werte einordnet.<sup>672</sup> Wer für die weite Auslegung der Interessenabwägungsklausel plädiert, legt einen weiten Interessenbegriff zugrunde und will alle im Einzelfall kollidierenden

<sup>666</sup> Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 133 ff. und passim.

<sup>667</sup> Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 147; siehe auch Delonge, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 162 ff.; Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 149; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 46; LK/Zieschang, § 34 Rn. 102 und 151 ff.; vgl. auch Roxin, FS Oehler, S. 181 (183 f.); im Ausgangspunkt auch ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 91 ff.; weiterhin Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 116 ff.

<sup>668</sup> So LK/Zieschang, § 34 Rn. 152.

<sup>669</sup> So Roxin, FS Oehler, S. 181 (183 f.).

<sup>670</sup> Neben den im Folgenden Genannten MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 244 ff.; Grebing, GA 19759, 81 (93); Hruschka, JuS 1979, 385 (390 mit Fn. 17); Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 255; Jescheck/Weigend, AT, S. 363; Joerden, GA 1991, 411 ff.; Köhl, AT, § 8 Rn. 166 ff.; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 192 ff. und 212 ff.; NK/Neumann, § 34 Rn. 21a; ders., JRE 2 (1994), 81 (87); Rengier, AT, § 19 Rn. 49; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 247 ff.; Zimmermann, Rettungstötungen, S. 65 ff.; vgl. auch Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 97 ff.

<sup>671</sup> Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 23 ff.; ders., GA 2017, 242 (252); vgl. auch Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 12 (2018), 59 (69); NK/Neumann, § 34 Rn. 65 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 38 ff. und 74 f.; ähnlich Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 140 ff., 249 f.

<sup>672</sup> Zum Zusammenhang der Probleme Küper, GA 1983, 289 (294); ders., Darf sich der Staat er-

Werte erfassen.<sup>673</sup> Demnach stehen sich nicht nur das konkrete Erhaltungs- und Eingriffsinteresse im Sinne der konkret betroffenen Rechtsgüter der Beteiligten, sondern eine unbegrenzte Vielzahl unterschiedlicher Interessen gegenüber, die sich auf die *Verwirklichung* bestimmter Werte beziehen.<sup>674</sup> So lassen sich auch allgemeine Rechtsprinzipien, Werte oder sogar die Geltung des Rechts an sich mit einbeziehen.<sup>675</sup> Dadurch wird die Interessenabwägung zu einer Gesamtabwägung aller „positiven und negativen Vorzugstendenzen“<sup>676</sup>. In jeder Beschränkung der Interessenabwägung auf bestimmte Gesichtspunkte sieht diese Ansicht eine „willkürliche Trennung“<sup>677</sup>. Man „würde immer irgendwo auf halbem Wege stehenbleiben“,<sup>678</sup> wenn man der Interessenabwägung nur bestimmte Aspekte zuordnete.<sup>679</sup> Ein solches Verständnis der bei § 34 StGB widerstreitenden Interessen führt zwangsläufig dazu, dass für die Angemessenheitsklausel keine Erwägungen mehr übrig bleiben.<sup>680</sup>

Wer stattdessen eine engere Auffassung vom Begriff des Interesses bei § 34 StGB vertritt und allein den Schutz des Erhaltungsguts und die Unverletzlichkeit des Eingriffsguts im Blick hat, kann nicht alle möglicherweise relevanten Gesichtspunkte in die Interessenabwägung einbeziehen. Umstände, die sich nicht zumindest mittelbar auf die sich konkret gegenüber stehenden Rechtsgüter beziehen, können dann nur im Rahmen der Angemessenheit berücksichtigt werden.<sup>681</sup> So kommt beiden Merkmalen des § 34 StGB ein eigenständiger Gehalt zu.

#### (4) Wesentliches Überwiegen des Erhaltungsinteresses

Eine weitere damit verbundene Frage ist die nach dem Verständnis der übrigen in § 34 StGB erwähnten Merkmale, insbesondere dem Erfordernis eines *wesentlichen* Überwiegens des Erhaltungsinteresses.<sup>682</sup> Das wird meist als Folgeproblem des fraglichen Verhältnisses zwischen Interessenabwägung und Angemessenheit angesehen.

---

pressen lassen?, S. 52 ff.; *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (177).

<sup>673</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 125 ff.; vgl. auch *ders.*, GS Noll, S. 243 (248).

<sup>674</sup> Vgl. etwa *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 22.

<sup>675</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 113 f. und 128; ebenso *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (569 f.); Überblick zur Diskussion bei *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 132–135; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 60 ff.

<sup>676</sup> *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (92); vgl. auch *Küper*, GA 1983, 289 (295); *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 90; *ders.*, GA 1985, 295 (299 ff., 308 ff.); *ders.*, GS Noll, S. 243 (248); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 22.

<sup>677</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 147; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 22.

<sup>678</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 129.

<sup>679</sup> So auch *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 46; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 94.

<sup>680</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 69, 128 f., 146 ff.; siehe auch *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 151–164.

<sup>681</sup> Exemplarisch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 23 ff.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 65 ff.

<sup>682</sup> Zum Zusammenhang der Probleme *Engländer*, GA 2010, 15 (18); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 132–134; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 269 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 241; *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 196 ff.; zum Problem auch *Küper*, GA 1983, 289 ff. einerseits und *Hoyer*, FS Küper, S. 173 ff. andererseits.

Umgekehrt resultieren aus dem Verständnis der anderen Merkmale des § 34 StGB aber auch häufig Argumente für oder gegen ein bestimmtes Verständnis der Interessenabwägungs- und Angemessenheitsklausel. Wenn alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch abstrakte Werte und Prinzipien, Gesichtspunkte einer umfassenden Interessenabwägung sind, besteht nicht nur kein Bedarf für die Angemessenheitsklausel, sondern auch das Erfordernis eines *wesentlichen* anstatt nur einfachen Überwiegens in § 34 S. 1 StGB hat keinen eigenen Gehalt mehr. Das ist bereits aus der Legitimationsdiskussion bekannt (oben II.2.b)aa)(3), S. 100 f.). Um dem zu entgegen, wandeln viele Vertreter des weiten Verständnisses der Interessenabwägungsklausel das Wesentlichkeitserfordernis in ein Eindeutigkeitserfordernis um. § 34 S. 1 StGB verlange kein qualitatives Überwiegen, sondern nur, dass das Überwiegen des Erhaltungsinteresses *zweifelsfrei* und *eindeutig* feststehe.<sup>683</sup> Wie die Angemessenheitsklausel wird auch das Wesentlichkeitserfordernis zu einer Kontrollklausel oder einem „Warnzeichen“<sup>684</sup> mit „Klarstellungsfunktion“<sup>685</sup> degradiert. Die Gegenmeinung sieht im Wesentlichkeitserfordernis eine Festlegung des Abwägungsmaßstabs als Ausfluss der Autonomie des Eingriffsopfers. Die grundsätzliche Unverletzlichkeit der Rechtssphäre des Eingriffsopfers dürfe nicht schon bei jedem einfach überwiegenen Interesse aufgegeben werden, sondern erst dann, wenn ein widerstreitendes Interesse qualitativ überwiegt.<sup>686</sup>

#### (5) Einfluss der Legitimationsdiskussion

Die genannten Einzelprobleme werden schließlich durch die oben erörterte Legitimationsdiskussion verbunden.<sup>687</sup> Hinter einem weiten Verständnis der Interessenabwägungsklausel und der Herabstufung der anderen gesetzlichen Merkmale des § 34 StGB (insbesondere das Wesentlichkeitserfordernis und die Angemessenheitsklausel) als Kontrollklauseln steht die u. a. von *Lenckner* ausgearbeitete Ansicht, § 34 StGB verwirkliche das Prinzip des überwiegenden Interesses.<sup>688</sup> Den gegenteiligen Annahmen liegen andere Legitimationsansätze, insbesondere das Solidaritätskonzept,<sup>689</sup> zugrunde. Auch wenn in dieser Arbeit für eine Unterscheidung zwischen

<sup>683</sup> *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 165 ff.; *Küper*, GA 1983, 289 (296 ff.); *ders.*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 98 ff.; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 150 ff.; *ders.*, GS Noll, S. 243 (251); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 362; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 45; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 90.

<sup>684</sup> So *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 151.

<sup>685</sup> So *Küper*, GA 1983, 289.

<sup>686</sup> *Bergmann*, JuS 1989, 109 (111); *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 23; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 135; *Jakobs*, AT, 13/33; *Hoyer*, FS *Küper*, S. 173 ff.; *SK/ders.*, § 34 Rn. 40; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 21b und 67; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 274; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 43; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 241 f.; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 149; differenzierend *Kühl*, AT, § 8 Rn. 101; *Zimmermann*, Rettungstötungen, S. 61 f.

<sup>687</sup> Vgl. nur *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 132 und 245 ff.

<sup>688</sup> Dazu oben C.II.2.b)aa), S. 98 ff.

<sup>689</sup> Dazu oben C.II.2.e), S. 132 ff.

allgemein-praktischem und juristischem Diskurs plädiert wurde,<sup>690</sup> sind diese theoretischen Hintergründe der beschriebenen dogmatischen und methodischen Problemfelder im Blick zu behalten.

### (6) Zusammenführung

Alle Problembereiche überschneiden sich in der Frage nach der Verortung des Vorrangs staatlicher Verfahren innerhalb des § 34 StGB und sind zugleich richtungswesend für dessen inhaltliche Beurteilung. Daher muss die Einordnung des vorliegenden Problems in die Struktur des § 34 StGB auch für die anderen Problembereiche zu überzeugenden Lösungen führen. Dass dies allein bei einer Verortung innerhalb der Angemessenheitsklausel möglich ist (unten dd)), ergibt sich, wenn der Vorrang staatlicher Verfahren probenhalber als Frage der Interessenabwägung behandelt wird (dazu cc)).

### cc) Vorrang staatlicher Verfahren als Frage der Interessenabwägung?

#### (1) Methodisches zur Interessenabwägung

§ 34 S. 1 StGB verlangt, dass bei „Abwägung der widerstreitenden Interessen [...] das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.“ Es handelt sich nach hier vertretener Ansicht um einen *Abwägungsauftrag* an den Rechtsanwender.<sup>691</sup> Schon an der Stelle scheinen manche anderer Ansicht zu sein, wenn sie in § 34 S. 1 StGB eine Aufforderung an den Rechtsanwender, eine „normative *Präferenzentscheidung* darüber zu treffen, welches Interesse in der konkreten Konfliktslage [sic] unter allen maßgeblichen Wertgesichtspunkten *vorzugswürdig* ist“<sup>692</sup> und in der Interessenabwägungsformel folglich ein „Instrument einer *Vorzugsentscheidung*“ sehen. Diese Bezugnahme auf die bereits oft erwähnte Formel *Heinrich Hubmanns* von den „positiven und negativen *Vorzugstendenzen*“<sup>693</sup> lässt aber außer Acht, dass in § 34 S. 1 StGB gerade nicht von den „Gründe[n], die den vor die Notwendigkeit einer Entscheidung gestellten Menschen auffordern, der einen oder anderen Lösung den Vorzug zu geben, die ihn mit verschiedener Stärke zu einem Akt des Vorziehens oder Nachsetzens veranlassen“,<sup>694</sup> o. ä. die Rede ist.<sup>695</sup> Innerhalb der Interessenabwägung soll nicht frei erörtert werden, was für oder gegen eine *Rechtfertigung* spricht, son-

<sup>690</sup> Dazu oben C.II.3.d), S. 152 ff.

<sup>691</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 104 f.

<sup>692</sup> *Küper*, GA 1983, 289 (295); Hervorhebungen im Original; dort auch das folgende Zitat.

<sup>693</sup> *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (92); hierauf beziehen sich v. a. *Küper*, GA 1983, 289 (295); *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 90; *ders.*, GA 1985, 295 (299 ff., 308 ff.); *ders.*, GS Noll, S. 243 (248); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 22.

<sup>694</sup> *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (92).

<sup>695</sup> Kritisch auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 22 ff., 63 ff. und 218 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 131 ff.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 34 ff. (mit Hinweis auf die einem Missverständnis unterliegende Rezeption *Hubmanns* ebd., S. 40 mit Fn. 46).

dern es sollen die sich widerstreitenden Interessen abgewogen werden. Andernfalls beschränkte sich § 34 StGB auf die „wenig aufregende Festsetzung, dass eine Notstandshandlung gerechtfertigt ist, wenn die überwiegenden Gründe für eine Rechtfertigung sprechen.“<sup>696</sup> Damit vernachlässigte man aber die anderen Merkmale des § 34 StGB und reduzierte die Rechtfertigungsfrage auf einen Erörterungsaufsatz.

Folgt man dem hier vertretenen Verständnis der Interessenabwägungsformel als *Auftrag zur Interessenabwägung*, lassen sich die in der Methodenlehre diskutierten Abwägungsmodelle übertragen.<sup>697</sup> In der verbreiteten Gewichtsmetaphorik<sup>698</sup> sind die widerstreitenden Interessen erst zu gewichten und dann miteinander zu vergleichen. Bezieht man noch die Ermittlung der relevanten Abwägungsgesichtspunkte mit ein, ergeben sich drei Arbeitsschritte: Zuerst werden alle relevanten Gesichtspunkte gesammelt, dann werden die sich gegenüberstehenden Interessen anhand dieser Gesichtspunkte abstrakt und konkret gewichtet und schließlich mit Blick auf dieses Gewicht zueinander in ein Verhältnis gesetzt.

Hält man nun den Vorrang staatlicher Verfahren für eine Frage der Interessenabwägung, kommen angesichts dieses Abwägungsmodells zwei Vorgehensweisen in Betracht. Entweder (Variante 1) man geht von nur *zwei* sich gegenüberstehenden Interessen aus, deren *Gewicht* durch verschiedene Umstände, z. B. durch das Verhältnis zwischen privater und staatlicher Tätigkeit, beeinflusst wird. Dann handelt es sich beim Vorrang staatlicher Verfahren um einen *Abwägungsgesichtspunkt* (Schritt 1), der z. B. das Gewicht des Eingriffsinteresses verstärkt.<sup>699</sup> Dieser Ansatz scheint dem Wortlaut des § 34 S. 1 StGB, der im Singular von *dem* geschützten und *dem* beeinträchtigten Interesse spricht, gerecht zu werden. Die zweite Möglichkeit (Variante 2) besteht darin, den Vorrang staatlicher Verfahren als eigenes Interesse oder als Wert, an dessen Verwirklichung ein Interesse besteht (oder Zusammenfassung verschiedener Werte oder Interessen) zu verstehen. Dieses eigenständige *Interesse an einem Vorrang staatlicher Verfahren* tritt dann zu den konkreten Erhaltungs- und Eingriffsinteressen im engeren Sinne hinzu (Schritt 2) und muss zu diesen in ein Verhältnis gebracht werden (Schritt 3).<sup>700</sup> Dieser zweite Weg liegt aus Sicht des oben beschrie-

---

<sup>696</sup> Neumann, GA 1992, 93 (94); falsch zitiert als „Feststellung“ bei Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 132. Im hier vertretenen Ansatz macht es einen Unterschied, ob § 34 StGB als „Feststellung“ (Pawlik) oder „Festsetzung“ (Neumann) verstanden wird, siehe allgemein Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), S. 70 f.

<sup>697</sup> Dazu allgemein Th. Möllers, Methodenlehre, § 10 Rn. 8 ff.; F. Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 489; im Zusammenhang mit der Grundrechtstheorie Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 143 ff.; zu § 34 StGB insbesondere Kühl, AT, § 8 Rn. 104 f.; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 218 ff.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 129 ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 34 ff.

<sup>698</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 82; zur „Gewichtsformel“ in der Grundrechtstheorie ebd., S. 145 ff.

<sup>699</sup> So etwa Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 26.

<sup>700</sup> So etwa Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 22 und 40; vgl. auch Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 332.

benen formellen Ansatzes nahe, während bei der materiellen Vorgehensweise die erste Variante passender ist. Beides führt jedoch zu Problemen.

## (2) Relativer Vorrang staatlicher Verfahren

Die erste Konsequenz einer Verortung des Vorrangs staatlicher Verfahren innerhalb der Interessenabwägung folgt gleichermaßen aus beiden soeben beschriebenen Vorgehensweisen. Die Einordnung als Frage der Interessenabwägung führt dazu, dass der Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB abstrakt-generell nicht *absolut* gilt und nicht im Sinne einer *Sperrwirkung* verstanden werden kann, sondern es sich von vornherein um einen *relativen* Vorrang handelt.<sup>701</sup> Eine absolute Sperrwirkung eines Verfahrens wäre allenfalls als Ergebnis der Vorrangbestimmung im konkreten Einzelfall, nicht aber als ein allgemeiner Grundsatz denkbar. Die beiden Vorgehensweisen setzen nämlich voraus, dass der Vorrang staatlicher Verfahren entweder ein Bewertungskriterium ist, das graduelle Abstufungen kennt und bei der Bewertung von Eingriffs- und Erhaltungsinteresse von Fall zu Fall unterschiedlich ins Gewicht fällt (Variante 1), oder aber ein eigenständiges Interesse darstellt, das isoliert bewertet und sodann mit anderen Interessen und deren Gewicht verglichen werden kann (Variante 2). Beide Eigenschaften treffen nur bei Umständen mit relativer anstatt absoluter Geltung zu.<sup>702</sup> Mit der Einbeziehung abwägungsfester und absoluter Kriterien oder Interessen würde dagegen die Unanwendbarkeit eines Prinzips (der Abwägung) zum Bestandteil der Anwendung dieses Prinzips.<sup>703</sup> Bei einer Einordnung in die Interessenabwägung gilt also schon aus methodischen Gründen kein absoluter Vorrang staatlicher Verfahren.

Was die sich daraus ergebenden Schlüsse angeht, verhält sich die Literatur jedoch nicht immer konsequent.<sup>704</sup> Wer den Vorrang staatlicher Verfahren innerhalb der Interessenabwägung behandelt, muss davon ausgehen, dass dieser Vorrang durch andere, gewichtigere Umstände „übertrumpft“ werden kann. So müsste auf das Verhältnis zwischen privater Notstandstat und staatlichen Verfahren z. B. von Einfluss sein, welches abstrakte Gewicht den sich widerstreitenden Rechtsgütern zukommt. Entweder fiel das durch den Vorrang staatlicher Verfahren verursachte „Minus“ auf Erhaltungsseite anteilig umso geringer aus, je mehr es durch ein „Plus“ aufgrund des

<sup>701</sup> Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 109 ff.

<sup>702</sup> Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 212 ff.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 136 ff.; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 26; vgl. auch Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 114 ff.

<sup>703</sup> Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 213.

<sup>704</sup> Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 212 ff.; Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 61 und 109 ff.

abstrakten Gewichts des zu schützenden Rechtsguts auf Erhaltungsseite ausgeglichen würde (Variante 1). Oder das selbstständige Interesse an einem Vorrang staatlicher Verfahren könnte in der Abwägung einem hinreichend gewichtigen Erhaltungsgut „unterliegen“ (Variante 2). Im Verhältnis zu staatlichen Verfahren wäre also eine Notstandsrechtfertigung umso eher möglich, je gewichtiger das Erhaltungsgut ist. Das vertreten jedoch nur wenige.<sup>705</sup> Wie gesehen soll stattdessen z. B. auf der einen Seite das Verfahren vor den Strafgerichten bzw. das Verfahren zur Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO gegenüber der privaten Verteidigung der Fortbewegungsfreiheit im Fall eines unschuldig Angeklagten bzw. Inhaftierten vorrangig sein<sup>706</sup> und der Rechtfertigung einer unerlaubten Einreise zur Rettung von Leib und Leben das Verfahren nach AufenthG und AsylG entgegen stehen.<sup>707</sup> Auf der anderen Seite hindert aber offenbar das behördliche Verfahren nach TierSchG private Tierschützer ebenso wenig an einer gerechtfertigten Notstandshandlung,<sup>708</sup> wie das strafprozessuale Ermittlungsverfahren die Rechtfertigung privater „Hausdurchsuchungen“ zum Schutz der Volksgesundheit sperrt.<sup>709</sup> Das erschließt sich mit Blick auf das abstrakte Gewicht der involvierten Rechtsgüter nicht.

### (3) Staatliche Entscheidungen in der Interessenabwägung

Der materielle Ansatz, der im Sinne der oben beschriebenen Variante 1 eine staatliche Entscheidung des Interessenskonflikts innerhalb der Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB als ein das Gewicht des Erhaltungsinteresse verringerndes oder das Gewicht des Eingriffsinteresses vergrößerndes Kriterium berücksichtigen will,<sup>710</sup> sieht sich zunächst genau dem vorstehend erörterten Einwand ausgesetzt. Die Auswirkung einer staatlichen Entscheidung auf die Notstandsrechtfertigung müsste konsequenterweise vom Gewicht des Erhaltungs- und Eingriffsguts abhängen. Will man dies vermeiden und überträgt stattdessen die Wertung einer staatlichen Entscheidung schematisch auf § 34 S. 1 StGB als *Ergebnis* der Interessenabwägung, wägt man nicht ab, sondern behandelt die Interessenabwägung als Fiktion<sup>711</sup> oder als Blankettverweis auf andere Entscheidungen. Es würden im Ergebnis nicht mehr die sich konkret-situativ gegenüberstehenden Interessen gewichtet und miteinander verglichen, sondern die Wertung aus einer vorrangigen staatlichen Entscheidung auch für § 34 StGB übernommen und auf jede weitere Abwägung verzichtet. Hinzu kommt, dass der materielle Ansatz die institutionelle Dimension des Verhältnisses zwischen staatlichen Verfahren und privaten Notstandshandlungen, d. h. die Frage,

<sup>705</sup> Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 321 f.; vgl. auch AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 93; siehe auch schon RGSt 62, 35 (46 f.).

<sup>706</sup> Exemplarisch Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41.

<sup>707</sup> Exemplarisch Abramenko, NStZ 2001, 71 ff.

<sup>708</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris.

<sup>709</sup> OLG München, NJW 1972, 2275 ff.

<sup>710</sup> Siehe oben C. Fn. 657.

<sup>711</sup> Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 151; Warda, FS Maurach, S. 143 (160 f.).

wer welche Entscheidung auf *welchem* Weg verwirklicht, nicht berücksichtigt. Insgesamt ist die inhaltliche Einbeziehung staatlicher Entscheidungen in die Interessenabwägung daher abzulehnen.

#### (4) Rechtsgeltung in der Interessenabwägung

Der formelle Ansatz stellt demgegenüber die Autorität der Rechts- und Verfahrensordnung o.ä. als hinter dem Vorrang staatlicher Verfahren stehende Werte in die Interessenabwägung ein.<sup>712</sup> Dazu müsste es sich hierbei entweder um Interessen, die mit anderen verglichen werden können (Variante 2), oder um Bewertungskriterien, die einer graduellen Abstufung zugänglich sind (Variante 1), handeln. Das betrifft zugleich die Frage, ob allgemeine Rechtsprinzipien als Kriterien oder Interessen innerhalb der Abwägung angesehen werden können (oben bb)(3)).

Mit der Autorität der Rechtsordnung, dem Interesse der Allgemeinheit an der Ordnungsfunktion des Rechts usw. sind Fragen der *Rechtsgeltung* angesprochen.<sup>713</sup> Bekanntlich sind verschiedene Begriffe oder Arten der Geltung des Rechts zu unterscheiden.<sup>714</sup> Wer eine Norm als „geltendes Recht“ bezeichnet, dem kommt es im Regelfall auf die *juristische* Geltung (Gültigkeit/Verbindlichkeit) der Norm an. Dass eine Norm gilt, „bedeutet, dass sie verbindlich ist, dass sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll.“<sup>715</sup> Juristische Geltung einer Norm ergibt sich daraus, dass sie von einer höherrangigen Norm angeordnet wurde, was voraussetzt, dass die Norm zu einer bestimmten Normenordnung gehört und nach den Regeln dieser Ordnung erlassen wurde.<sup>716</sup> Von dieser juristischen Geltung zu unterscheiden ist die *faktische* Geltung einer Norm (Wirksamkeit). Eine Norm ist wirksam, wenn sich die Normadressaten normkonform verhalten, die Norm also faktisch befolgt oder durchgesetzt wird.<sup>717</sup> Fraglich ist also nicht, wie sich die Menschen verhalten *sollen*, sondern, wie sie sich *tatsächlich verhalten*. Der Vollständigkeit halber erwähnt sei die dritte Form der Rechtsgeltung, die *normative* Geltung einer Norm, die danach fragt, *warum* eine Norm für ihre Adressaten verbindlich sein soll.<sup>718</sup> Darauf kommt es vorliegend jedoch nicht an.

Eine Inbezugnahme der Rechtsgeltung im juristischen Sinn innerhalb der Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB ergibt nun aus mehreren Gründen keinen Sinn. Mit

<sup>712</sup> Siehe oben C. Fn. 658 und 659.

<sup>713</sup> Freilich geht es teils auch um das Gewaltmonopol des Staates. Weil dieser Begriff bereits für sich mit vielen Problemen verbunden ist, ist ihm ein eigener Abschnitt im nachfolgenden Kapitel gewidmet. Versteht man das Gewaltmonopol als Rechtsmonopol, lassen sich die nun angestellten Überlegungen übertragen. Unabhängig davon ist ein Monopol, das einer Abwägung zugänglich ist, kein Monopol mehr. Ausführlich zu den Problemen unten D.II.4.c)bb), S. 263 ff. m. N.

<sup>714</sup> Zu den Geltungsbegriffen etwa *Küpper*, *Rechtstheorie* 22 (1991), 71 (71–74); *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, § 37 I.; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, § 8 Rn. 334 ff.

<sup>715</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 196.

<sup>716</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 200 ff.

<sup>717</sup> *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Halbband, Teil II, Kap. I, § 1 (S. 181 ff.).

<sup>718</sup> Dazu nur *Küpper*, *Rechtstheorie* 22 (1991), 71 (74 ff.).

Blick auf die juristische Geltung der Gesamtrechtsordnung übersieht man, dass § 34 StGB Teil dieser Gesamtrechtsordnung ist und die Geltung des Rechts durch die Anwendung des Rechts nicht *beeinträchtigt*, sondern *bestätigt* wird.<sup>719</sup> Die juristische Geltung der Gesamtrechtsordnung in die Interessenabwägung einzubeziehen ergäbe vor diesem Hintergrund allenfalls Sinn, wenn § 34 StGB als hierarchisch übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund aufgefasst würde, was aber abzulehnen ist.<sup>720</sup> Anstelle der Gesamtrechtsordnung könnte man sich aber auch auf die juristische Geltung der jeweils einschlägigen Verfahrensordnung beziehen.<sup>721</sup> Auch dies überzeugt jedoch nicht, wenn man bedenkt, dass für jeden Konflikt ein staatliches Verfahren existiert und daher *jede* Notstandstat in irgendeiner Form die Geltung einer Verfahrensordnung berühren würde.<sup>722</sup> Dann wäre die juristische Geltung der Verfahrensordnung in jedem Notstandskonflikt gleich stark beeinträchtigt und in jede Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB mit demselben Gewicht einzustellen – sei es nun als Kriterium für die Gewichtung von Erhaltungs- oder Eingriffsinteresse, das sich immer gleich auswirkt (Variante 1), oder als eigenes Interesse mit feststehendem Gewicht (Variante 2). Ein solches immer mit demselben Gewicht einzubeziehendes Kriterium führte aber im Ergebnis nur zu einer abstrakt-generell höheren Hürde für ein Überwiegen des Erhaltungsinteresses, stellte also ein Kriterium für den Abwägungsmaßstab und keines für die Abwägung selbst dar.<sup>723</sup> Auch das überzeugt also nicht. Eine letzte Möglichkeit besteht darin, auf die juristische Geltung des konkret verwirklichten Straftatbestands abzustellen. Ob und inwieweit der Einzelne dem im Straftatbestand ausgesprochenen Ge- oder Verbot Folge zu leisten hat, ist aber gerade die Frage, die § 34 StGB (u. a. mit der Interessenabwägung) beantworten will.<sup>724</sup> Daher würde das Ergebnis der Interessenabwägung zu einem Kriterium eben dieser Abwägung. Konsequenterweise müsste dann auch das Ergebnis *dieser* Abwägung wiederum einer Abwägung unterzogen werden usw., wodurch man sich in einen infiniten Regress verstricken würde.<sup>725</sup>

Was bereits bei der juristischen Geltung der Verfahrensordnung anklang, gilt schließlich für die juristische Rechtsgeltung insgesamt: Es handelt sich um eine absolute und binäre Kategorie, die sich einem relativierenden Vergleich mit anderen Interessen oder einer Abstufung entzieht. Eine Norm ist entweder gültig oder ungültig,

<sup>719</sup> Ähnliche Gedanken bei *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (218); *Merkel*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (178); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 73; *Seelmann*, ZStW 89 (1977), 36 (45).

<sup>720</sup> Siehe oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.

<sup>721</sup> So etwa *SK/Hoyer*, § 34 Rn. 101.

<sup>722</sup> Siehe nochmals *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319 f.

<sup>723</sup> Allgemein *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 38 f.

<sup>724</sup> Vgl. auch mit Blick auf den „Geltungsanspruch der Rechtsordnung“ *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 120 f.

<sup>725</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 38 f. und 73; ähnlich *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 249.

aber nicht mehr oder weniger gültig.<sup>726</sup> Innerhalb einer Abwägung kann aber kein Kriterium absolut wirken, sondern es muss sich um verschieden gewichtige und in ihrem Gewicht miteinander vergleichbare Interessen oder verschiedene Grade der Beeinträchtigung und Verwirklichung, also jeweils um relative Gesichtspunkte handeln. Das verträgt sich nicht mit der juristischen Rechtsgeltung.<sup>727</sup>

Relativierungen zugänglich ist hingegen der faktische Geltungsbegriff, d.h. die Wirksamkeit einer Norm oder einer Mehrzahl von Normen.<sup>728</sup> Gesamtgesellschaftlich betrachtet kann eine Norm faktisch mehr oder weniger befolgt, angewendet oder durchgesetzt werden. Auch ist es nicht ausgeschlossen, dass ein stärkeres oder schwächeres Interesse an der Befolgung, Anwendung usw. einer Norm besteht. Es ginge dann um ein Interesse an der Geltungsbestätigung einer Norm.<sup>729</sup> Denkbar ist daher entweder, eine Prognose über die künftige Häufigkeit ähnlicher Verhaltensweisen wie die konkret zu beurteilende Notstandshandlung zu bilden und zu behaupten, die durch die erste Notstandshandlung angestoßene weitere Entwicklung führte auf lange Sicht zur faktischen Unwirksamkeit des verwirklichten Straftatbestands oder der Verfahrensordnung (nicht der Gesamtrechtsordnung, weil hierzu wie gesehen auch § 34 StGB zählt). Diese Prognose ließe sich dann als Abwägungsgesichtspunkt in die Gewichtung von Erhaltungs- und Eingriffsinteresse einbeziehen (Variante 1).<sup>730</sup> Oder man statuiert ein Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst hohen Wirksamkeit des konkret verwirklichten Tatbestands oder der Verfahrensordnung, das dem Erhaltungsinteresse des Täters gegenüber gestellt wird und ein wesentliches Überwiegen desselben verhindern kann, indem es abhängig von der Wahrscheinlichkeit künftiger ähnlicher Fälle durch die konkrete Notstandshandlung stärker oder schwächer beeinträchtigt wird (Variante 2).<sup>731</sup> Jeweils wäre eine anspruchsvolle Vorhersage über die Häufigkeit ähnlicher Fälle notwendig, die im Einzelnen schwer durchführbar sein dürfte.<sup>732</sup> Außerdem wäre kaum bestimmbar, wie schwer ein solches Interesse an der Wirksamkeit einer Norm wiegt und in welchen Fällen ein Wirksamkeitsverlust durch andere Umstände wieder ausgeglichen werden könn-

<sup>726</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, § 37 I.

<sup>727</sup> Vgl. auch mit Blick auf die Rechtskraft Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 254 mit Fn. 62.

<sup>728</sup> Vgl. in anderem Zusammenhang auch Isensee, HStR IX, § 190 Rn. 60: „Der Geltungsanspruch unterliegt dem Entweder-Oder-Prinzip. [...] Dagegen kennt die Wirksamkeit die Abstufung nach dem Mehr oder Weniger.“

<sup>729</sup> Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 68.

<sup>730</sup> Damit käme man in die Nähe des von Joerden vorgeschlagenen Verständnisses der *Angemessenheitsklausel* als regelutilitaristische Begrenzung des § 34 S. 1 StGB nach dem Prinzip der Verallgemeinerung, siehe Joerden, GA 1991, 411 ff.

<sup>731</sup> Ohne eine gesamtgesellschaftliche Perspektive und den Zukunftsbezug fallen das Interesse an der Wirksamkeit des jeweils erfüllten Straftatbestands und das Eingriffsinteresse im Notstand in der Regel in eins.

<sup>732</sup> Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 122; vgl. zu einem ähnlichen Gedanken im Zusammenhang mit Dambruchargumenten Saliger, JRE 15 (2007), 633 (642). Die faktische Geltung wird von Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 8 Rn. 337 als „messbar“ bezeichnet. Das gilt jedoch nur für Urteile über die Vergangenheit (Kriminalitätsstatistiken usw.), nicht aber für Wahrscheinlichkeitsurteile in der Zukunft.

te.<sup>733</sup> Abstrakte Grundsätze wie ein Interesse an der Rechtsgeltung sind mit den konkreten Interessen im Notstandskonflikt nur schwer vergleichbar.<sup>734</sup> Derselbe Einwand trifft auch all jene, die einen auf die Beruhigung der Gesellschaft über den Rechtsbruch bezogenen Rechtsfrieden<sup>735</sup> oder ein Interesse hieran in die Interessenabwägung einspeisen wollen.<sup>736</sup> Mithin ist über den faktischen Geltungsbegriff die Einbeziehung der Rechtsgeltung oder eines Interesses an ihr in die Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Praktisch führt dies jedoch zu erheblichen Schwierigkeiten, derer sich die wenigsten Vertreter eines solchen Vorgehens bewusst sind.

All dies spricht dafür, abstrakte Werte wie die Rechtsgeltung (in welchem Sinne auch immer) nicht in die Interessenabwägung einzubeziehen, sondern als außerhalb der Interessenabwägung angesiedelte Erwägungen anzusehen.<sup>737</sup> Damit kommt auch den anderen Merkmalen des § 34 StGB, insbesondere dem Wesentlichkeitserfordernis und der Angemessenheitsklausel, eigenständiger Gehalt zu.<sup>738</sup>

#### *dd) Vorrang staatlicher Verfahren als Frage der Angemessenheit*

Nach alledem ist es überzeugender, die Frage nach dem Verhältnis zwischen privaten Notstandshandlungen und staatlichen Verfahren innerhalb der Angemessenheit zu erörtern.<sup>739</sup> Dadurch lassen sich die beschriebenen Schwierigkeiten vermeiden und auch die anderen Problemkreise lösen.<sup>740</sup> Zunächst hat die Angemessenheitsklausel eine eigenständige und materielle Bedeutung. Sie betrifft Gesichtspunkte, die sich einer Abwägung mit den sich widerstreitenden Interessen entziehen.<sup>741</sup> Während die Interessenabwägung auf rechtsgutsbezogene Aspekte beschränkt ist,<sup>742</sup> werden in

<sup>733</sup> Vgl. auch *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 65 und 104 ff. zur Schwierigkeit, das Gewicht der Rechtsbewährung im Vergleich zum Erhaltungsgut beim Nötigungsnotstand zu bemessen.

<sup>734</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 135.

<sup>735</sup> Zum Begriff *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (521 f.).

<sup>736</sup> Kritisch auch *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 72 f.; vgl. allgemein auch *Lee*, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 63 f.

<sup>737</sup> Allgemein kritisch zur Einbeziehung allgemeiner Rechtsprinzipien in die Interessenabwägung *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 66; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 135; *Grebing*, GA 1979, 81 (93); *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 215; *Meyer*, GA 2004, 356 (368 f.); *NK/Neumann*, § 34 Rn. 66; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 143; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 38 ff., 60 ff. und 240 ff.; *Wilensmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 200; differenzierend *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 119 ff.

<sup>738</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 135.

<sup>739</sup> Ebenso die oben C. Fn. 660 Zitierten.

<sup>740</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 23; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 135 und 244; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 21a; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 137.

<sup>741</sup> Ebenso die oben C. Fn. 670 Zitierten.

<sup>742</sup> Weil hierbei dennoch nicht nur der abstrakte Wert von Erhaltungs- und Eingriffsgut verglichen werden, sondern sich entsprechend dem Gesetzeswortlaut etwa auch der Grad der drohenden Gefahr, das Ausmaß der Rechtsgutsverletzung, die Schadenswahrscheinlichkeit, die Rettungschan-

der Angemessenheitsprüfung äußere Schranken dieser Abwägung bzw. Umstände, die trotz eines überwiegenden Interesses gegen eine Rechtfertigung der Notstandshandlung sprechen können, berücksichtigt.<sup>743</sup> Der Angemessenheitsklausel kommt so entsprechend der Begründung des Gesetzesentwurfs die Funktion zu, die Notstandsrechtfertigung mit der Gesamtrechtsordnung in Einklang zu bringen.<sup>744</sup> Ein wichtiger Anwendungsfall dieser Abstimmung mit der Gesamtrechtsordnung stellt der Vorrang staatlicher Verfahren dar. Damit geht ein enges Verständnis der Interessenabwägungsklausel des § 34 S. 1 StGB einher. Relevant sind allein Erhaltungs- und Eingriffsinteresse der konkreten Beteiligten. Diese werden anhand solcher Gesichtspunkte, die sich zumindest mittelbar auf die Rechtsgüter beziehen, gewichtet und zueinander in ein Verhältnis gesetzt. Weder werden Interessen der Allgemeinheit an der Verwirklichung bestimmter Rechtsprinzipien als selbstständige Interessen mit einbezogen (Variante 2), noch wirken sich diese abstrakten Grundsätze auf die Gewichtung der konkreten Interessen aus (Variante 1).<sup>745</sup> Weiterhin ist das Erfordernis eines *wesentlichen* Überwiegens bei § 34 StGB nicht als eindeutiges, sondern als *qualitativ erhebliches* Überwiegen des zu schützenden Interesses zu verstehen.<sup>746</sup> Das Wesentlichkeitserfordernis dient dazu, die Autonomie des Eingriffsopfers zu schützen, indem der Abwägungsmaßstab zu dessen Gunsten erhöht wird.<sup>747</sup> Ordnet man den Vorrang staatlicher Verfahren innerhalb der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB ein, kommen also alle gesetzlichen Merkmale des § 34 StGB zu ihrem Recht, und es wird ein methodisch sauberes Vorgehen möglich.

### ee) Schlussfolgerungen

Der Diskussion um das Verhältnis von Interessenabwägungsformel und Angemessenheitsklausel bei § 34 StGB und die Verortung des Vorrangs staatlicher Verfahren wird wenig inhaltliche Relevanz zugesprochen.<sup>748</sup> Zwar ist nicht auszuschließen, dass ähnliche Ergebnisse wie in dieser Untersuchung auch bei einer Behandlung des Vorrangs staatlicher Verfahren innerhalb der Interessenabwägung erzielt werden können, doch liegt dies nicht an den Vorzügen eines solchen Vorgehens, sondern

---

cen usw. einbeziehen lassen (siehe nur Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 26 ff.), handelt es sich keineswegs um einen Rückschritt zur Güterabwägung, wie z. B. Perron behauptet (siehe Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 22).

<sup>743</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 140 ff.

<sup>744</sup> Vgl. BT-Drucksache IV/650, S. 159 f.

<sup>745</sup> Siehe nochmals oben C. Fn. 737.

<sup>746</sup> Ebenso die oben C. Fn. 686 Zitierten.

<sup>747</sup> Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 61 und 241 f.; nach Böse, ZStW 113 (2001), 40 (59 f.) dient das Wesentlichkeitserfordernis der Verhinderung anarchischer Zustände.

<sup>748</sup> Kühl, AT, § 8 Rn. 167; NK/Neumann, § 34 Rn. 21a; Rengier, AT, § 19 Rn. 42; vgl. auch Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 53–56; anders aus gutem Grund Grebing, GA 19759, 81 (89); Lee, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, S. 70 f.; siehe auch Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 44 f.

daran, dass bei einem weiten Verständnis der Interessenabwägung nahezu jede Aussage als Ergebnis derselben dargestellt werden kann. Mit der Einordnung in die Angemessenheitsklausel kommt demgegenüber zum Ausdruck, dass es sich beim Vorrang staatlicher Verfahren um ein Problem handelt, das der Abwägung zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen übergeordnet ist und nicht zwingend und unmittelbar vom Wert der konkret betroffenen Rechtsgüter abhängt.<sup>749</sup> Weder berührt der Vorrang staatlicher Verfahren das Gewicht der sich gegenüberstehenden Interessen noch wird er selbst von deren Gewicht unmittelbar beeinflusst. Das geschützte Interesse ist also z. B. nicht weniger wert, weil es auch innerhalb staatlicher Verfahren hätte geschützt werden können.

Damit scheint ein starres Verständnis des Vorrangs staatlicher Verfahren im Sinne einer absoluten Sperrwirkung verbunden zu sein. Führt die Einordnung als Interessenabwägungsfaktor noch methodisch zwangsläufig dazu, dass es sich nur um einen relativen Vorrang handeln kann (auch wenn dies nicht von allen konsequent durchgehalten wurde), so muss die Relativität dieses Vorrangs auf Ebene der Angemessenheit anders begründet werden. Dies leistet bereits die bloße Existenz des § 34 StGB, der durch einen absoluten Vorrang staatlicher Verfahren angesichts dessen, dass für jede Gefahr ein staatliches Verfahren abstrakt zur Verfügung steht, obsolet würde.<sup>750</sup> Es bleibt also dabei, dass es abstrakt-generell nur einen relativen Vorrang staatlicher Verfahren gibt. Über die Einzelheiten entscheiden aber Kriterien, die außerhalb des konkreten Konflikts zwischen Eingriffs- und Erhaltungsgut angesiedelt sind.

#### d) Subjektives Rechtfertigungselement

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass als letzte Voraussetzung des § 34 StGB nach auch hier vertretener Ansicht ein subjektives Rechtfertigungselement erforderlich ist.<sup>751</sup> Der Täter muss die Umstände kennen, aus denen sich die Rechtfertigung ergibt.<sup>752</sup> Ob darüber hinaus ein zielgerichtetes Handeln zur Rettung vorausgesetzt wird, ist umstritten,<sup>753</sup> für diese Arbeit aber nicht relevant. Das subjektive Rechtfertigungselement hat keinen unmittelbaren Einfluss auf das Verhältnis zu staatlichen Verfahren. V. a. die Rechtsprechung hantiert in dem Zusammenhang zwar teilweise mit Fragen des subjektiven Rechtfertigungselements.<sup>754</sup> Die vorliegende Arbeit will solche Notlösungen aber entbehrlich machen.<sup>755</sup>

<sup>749</sup> Allgemein MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 245 f.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 247.

<sup>750</sup> Siehe oben A.I, S. 1 ff.

<sup>751</sup> Allgemein zum Streit um die subjektiven Rechtfertigungselemente *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 94 ff.

<sup>752</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 183.

<sup>753</sup> Zum Streit MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 290 m. w. N.

<sup>754</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 30f.

<sup>755</sup> Zum Einfluss der Gesamtabwägungslehre auf das subjektive Rechtfertigungselement siehe oben C. Fn. 164.

### 3. Vorrang staatlicher Verfahren als Problem der Gesetzeskonkurrenz

#### a) Einleitung und Meinungsstand

Mit der Einordnung des problematischen Verhältnisses zwischen privater Notstandshandlung und staatlichen Verfahren als Frage der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB (soeben 2.c)dd)) scheint das Ziel dieses Abschnitts erreicht zu sein. Allerdings gilt es noch zu klären, ob das Verständnis des hier untersuchten Problems als Frage der Gesetzeskonkurrenz gegenüber der Einordnung als Angemessenheitsproblem vorzugswürdig ist. Staatliche Verfahren sind rechtlich geregelte Verfahren, weshalb die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen und dem rechtfertigenden Notstand sich auch als Konkurrenz verschiedener Regelungen (des Verfahrensrechts und § 34 StGB) beschreiben ließe. Ein Vorrang staatlicher Verfahren ergäbe sich dann nicht aus einer Subsumtion unter die Merkmale des § 34 StGB, sondern aus Regeln zur Gesetzeskonkurrenz.

In der Tat sehen manche das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren als eine Frage der Gesetzeskonkurrenz oder der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen an.<sup>756</sup> Der Rückgriff auf den Rechtfertigungsgrund sei gesperrt, wenn zur Lösung des Notstandskonflikts spezielle Verfahrensregelungen existieren. So könne man vermeiden, dass die engeren Voraussetzungen für eine staatliche Maßnahme oder die von § 34 StGB abweichenden Rechtsfolgen eines staatlichen Verfahrens durch § 34 StGB umgangen werden. Ein Anwendungsfall dieser Einordnung ist das Verhältnis zwischen § 34 StGB und einer (rechtfertigenden) behördlichen Genehmigung.<sup>757</sup> Das Genehmigungsverfahren entfalte, so ist zu lesen, auch und gerade dann Sperrwirkung, wenn eine Genehmigung im konkreten Fall *nicht* erteilt wurde.<sup>758</sup> Auch wenn sich das Verhältnis zwischen behördlicher Genehmigung (als Ergebnis eines staatlichen Verfahrens) und § 34 StGB als Frage des Vorrangs staatlicher Verfahren auffassen lässt, ordnen manche, die den Vorrang staatlicher Verfahren ansonsten innerhalb der Interessenabwägung oder Angemessenheit behandeln, den Vorrang der Genehmigung bzw. eine Sperrwirkung des Genehmigungsverfahrens als Konkurrenzproblem ein.<sup>759</sup> Das Vorgehen ist also nicht immer einheitlich.<sup>760</sup>

<sup>756</sup> So *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 213; vgl. auch *Jakobs*, AT, 13/36 (und 11/17); angedeutet auch bei *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (198); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 253; *Rudolphi*, NStZ 1984, 193 (196); *ders.*, NStZ 1984, 248 (252 f.); *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 72 f.; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 123 f.; *Winkelbauer*, NStZ 1988, 201 (204); *Zimmermann*, Rettungstötungen, S. 65.

<sup>757</sup> *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 244 ff.

<sup>758</sup> *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 257.

<sup>759</sup> Exemplarisch *Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 65 und § 16 Rn. 51 ff.; konsequent z. B. *Kühl*, AT § 9 Rn. 136.

<sup>760</sup> Ein anderes Beispiel ist das Verhältnis zwischen § 34 StGB und § 218a Abs. 2 und 3 StGB. Dieses Problem wird von manchen ebenfalls als Frage der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen (z. B. bei MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 24), von anderen aber auch als Frage möglicherweise vorrangiger staatlicher Verfahren (so etwa *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (81)) angesehen (konsequent kumulativ *Jakobs*, AT, 11/17). Für ein Beispiel zu § 8 Abs. 2 WHG siehe oben B.II.4.b)aa), S. 41 ff.

## b) Konkurrenz von Rechtsnormen und Spezialitätsgrundsatz

Eine Konkurrenz von Rechtsnormen liegt vor, wenn sich die Tatbestände mehrerer Rechtssätze vollständig oder teilweise decken, mehrere Normen also denselben Sachverhalt betreffen.<sup>761</sup> Ob diese Konkurrenz problematisch ist, hängt von den Rechtsfolgen der Normen ab: Sind diese identisch oder miteinander verträglich, können die Normen nebeneinander angewendet werden (kumulative Konkurrenz). Problematisch ist das Verhältnis der Normen jedoch, wenn sich die Rechtsfolgen gegenseitig ausschließen (alternative Konkurrenz).<sup>762</sup> Um Widersprüche zu vermeiden, muss dann geklärt werden, welche Norm auf den konkreten Sachverhalt anwendbar ist.<sup>763</sup>

Vorliegend ist v. a. der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* relevant.<sup>764</sup> Stehen zwei Normen in einem Spezialitätsverhältnis, tritt die generelle hinter die spezielle zurück. Logische Spezialität liegt vor, wenn eine Norm im Tatbestand alle Merkmale einer anderen und zusätzlich mindestens ein weiteres Merkmal enthält. Dann ist jeder Anwendungsfall der speziellen Norm zugleich einer der generellen, jedoch nicht umgekehrt.<sup>765</sup> Bei logischer Spezialität wird die spezielle Norm vor der generellen angewendet. Dies gilt jedoch nur, wenn ein Fall alternativer Konkurrenz vorliegt, d. h. wenn sich die Rechtsfolgen der Normen widersprechen.<sup>766</sup> Sind die Rechtsfolgen miteinander vereinbar, könnten sich die Normen auch gegenseitig modifizieren oder ergänzen, weshalb in diesem Fall allein aus der logischen Spezialität noch keine Derogationswirkung folgt.<sup>767</sup> Daher steht der Rückgriff auf die generelle Norm insbesondere offen, wenn die Voraussetzungen des in diesem Sinne spezielleren Rechtssatzes im Einzelfall *nicht* erfüllt sind.<sup>768</sup> Dass bei Nichterfüllung des Tatbestands einer „spezielleren“ Norm eine Sperrwirkung zulasten der generellen Norm eintritt, kann nur das Ergebnis einer *Auslegung* der betreffenden Normen, nicht aber Folge des logischen Verhältnisses derselben sein.<sup>769</sup> Der einen Norm wird dann nicht nur die Aussage entnommen, dass bei Vorliegen des Tatbestands eine bestimmte Rechtsfolge eintritt, sondern auch, dass dies gerade *nur* bei Vorliegen *dieses* Tatbestands, nicht aber in anderen Fällen gelten soll. Man entnimmt der Norm also einen negativen Regelungsanspruch und versteht sie als abschließende Sonderregelung. Dann verdrängt auch die Nicht-Erfüllung einer Norm die andere. Das stellt sicher, dass eine

<sup>761</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 87; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, § 76 I; Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 30; vgl. auch Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 31 ff.

<sup>762</sup> Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 31.

<sup>763</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 87.

<sup>764</sup> Zum Geltungsgrund dieses Grundsatzes F. Reimer, Methodenlehre, Rn. 209.

<sup>765</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 88; F. Reimer, Methodenlehre, Rn. 199.

<sup>766</sup> F. Reimer, Methodenlehre, Rn. 200 f.

<sup>767</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 88; ungenau Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 38 ff.

<sup>768</sup> F. Reimer, Methodenlehre, Rn. 201; vgl. auch Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 22; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 40 ff.

<sup>769</sup> F. Reimer, Methodenlehre, Rn. 206 und 307; vgl. auch Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 42.

bestimmte Voraussetzung oder eine zusätzliche Rechtsfolge der einen Norm, die eine andere Norm nicht enthält, durch diese nicht umgangen oder unterlaufen wird.<sup>770</sup>

Das zeigt sich bei der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen.<sup>771</sup> Treffen mehrere Rechtfertigungsgründe aufeinander, indem derselbe Sachverhalt von verschiedenen Erlaubnissätzen erfasst wird, so sind diese im Grundsatz nebeneinander anwendbar.<sup>772</sup> Rechtfertigungsgründe schließen sich weder gegenseitig aus, noch sind sie aufeinander bedingt oder stehen in einer bestimmten Rangfolge.<sup>773</sup> Das liegt angesichts des soeben Gesagten auch daran, dass alle Rechtfertigungsgründe abstrakt-generell dieselben Rechtsfolgen haben,<sup>774</sup> eine alternative Konkurrenz im beschriebenen Sinn also nicht eintreten kann.<sup>775</sup> Es kann jedoch zu einer *Kollision* mehrerer Rechtfertigungsgründe kommen, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen des einen Erlaubnissatzes erfüllt sind und die des anderen nicht.<sup>776</sup> Dann ist fraglich, ob die Nicht-Erfüllung des einen sich auf die Anwendbarkeit des anderen Rechtfertigungsgrundes auswirkt.<sup>777</sup> Aus Sicht der Methodenlehre ist auch eine *kumulative* Anwendung beider Normen denkbar, sodass die Tat bei Erfüllung mindestens eines Rechtfertigungsgrundes gerechtfertigt wäre. Allerdings argumentiert man auch hier oft damit, dass die engeren Voraussetzungen der einen Norm nicht durch die weniger voraussetzungsreiche andere Norm umgangen werden dürfen.<sup>778</sup> Eine Sperrwirkung der Nicht-Erfüllung des einen gegenüber einem anderen Rechtfertigungsgrund, die eine solche Umgehung vermeidet, folgt dann jedoch abermals nicht aus seiner logischen Spezialität, sondern aus dem durch Auslegung ermittelten Charakter eines Rechtfertigungsgrundes als abschließende Sonderregelung.<sup>779</sup> *Günter Warda* spricht von Spezialität im funktionalen Sinne.<sup>780</sup>

<sup>770</sup> Vgl. im strafrechtlichen Kontext *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 36 ff. und 74; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 42.; *Warda*, FS Maurach, S. 143 (166).

<sup>771</sup> Grundlegend hierzu *Warda*, FS Maurach, S. 143 ff.

<sup>772</sup> *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 3; *Matt/Renzikowski/Engländer*, Vor § 32 Rn. 12; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 14 Rn. 60; *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 45; *MüKo-StGB/Schlehofer*, Vor § 32 Rn. 285; *Warda*, FS Maurach, S. 143 (148 ff.).

<sup>773</sup> *Warda*, FS Maurach, S. 143 (149).

<sup>774</sup> *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 18; von Besonderheiten bzgl. der Schadensersatzpflicht im Fall der §§ 228, 904 BGB wird hier abgesehen, siehe dazu z. B. *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 36 ff.

<sup>775</sup> *Warda*, FS Maurach, S. 143 (158 ff.); vgl. auch *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 199 ff.

<sup>776</sup> *Warda*, FS Maurach, S. 143 (163); *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 32 f. und 147 ff.

<sup>777</sup> *Peters*, GA 1981, 445 (447 f.).

<sup>778</sup> *Matt/Renzikowski/Engländer*, Vor § 32 Rn. 12; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 14 Rn. 61; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 39 ff.; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 197 ff.; *Warda*, FS Maurach, S. 143 (159 ff.).

<sup>779</sup> *Warda*, FS Maurach, S. 143 (155); zustimmend *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 19 und 36 ff.; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 47.

<sup>780</sup> *Warda*, FS Maurach, S. 143 (166).

## c) Vorrang staatlicher Verfahren als Konkurrenzfrage?

Versucht man, das Gesagte auf das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren anzuwenden, zeigt sich, dass sich dieses Verhältnis nicht umfassend als Konkurrenzproblem beschreiben lässt. Auf den ersten Blick bestehen zwar Parallelen zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahrensregeln: § 34 StGB erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen ein Verhalten, das durch die Straftatbestände an sich verboten ist, und erlegt dem Opfer eine Duldungspflicht auf. Auch staatliche Verfahren stützen sich auf eine Ermächtigung für eine – wegen Art. 2 Abs. 1 GG in der Regel ebenfalls an sich verbotene – staatliche Maßnahme, und auch hier muss der Eingriffsadressat die (rechtmäßige oder wirksame) Maßnahme dulden. Wenn staatliche Verfahrensregeln engere Voraussetzungen haben als § 34 StGB, spricht daher auf den ersten Blick manches dafür, in ihnen die gegenüber § 34 StGB (entweder logisch oder zumindest funktional) spezielleren Normen zu sehen. Allerdings lässt sich der Gedanke funktionaler Spezialität nur anwenden, wenn die Regelungen auch dieselben Adressaten und dasselbe Verhalten betreffen. Sowohl die staatliche Verfahrensordnung als auch § 34 StGB müssten also an Hoheitsträger *und* an Private adressiert sein. Nur dann besteht die Gefahr, dass § 34 StGB die strengeren Vorgaben staatlicher Verfahrensordnungen unmittelbar umgeht. Dies ist denkbar, wenn sich Hoheitsträger auch auf § 34 StGB berufen können oder das staatliche Verfahrensrecht auch das Verhalten eines Privaten betrifft. Ersteres wird in dieser Arbeit ausgeklammert.<sup>781</sup> Die zweite Konstellation liegt z. B. vor, wenn das Ergebnis eines staatlichen Verfahrens *für einen Privaten* rechtfertigende Wirkung entfaltet, wie dies etwa bei der rechtfertigenden behördlichen Genehmigung der Fall ist. Hier wird eine staatliche Stelle dazu ermächtigt, einem Privaten ein bestimmtes Verhalten zu erlauben, sodass *die Genehmigung* (nicht die Verfahrensregelungen an sich) dieselbe Rechtsfolge vorsieht wie § 34 StGB.<sup>782</sup> Hängt dann z. B. die Genehmigungserteilung von im Vergleich zu § 34 StGB strengeren Voraussetzungen ab, könnte, um zu vermeiden, dass diese strengeren Voraussetzungen durch § 34 StGB umgangen werden, eine negative Sperrwirkung der Genehmigung gegenüber § 34 StGB wegen funktionaler Spezialität vertreten werden.<sup>783</sup> Dies ist aber nur möglich, weil die Genehmigungsvoraussetzungen letztlich auch Wirkung gegenüber dem Privaten haben und daher im praktischen Ergebnis mit § 34 StGB zusammentreffen.<sup>784</sup> In Fällen jedoch, in de-

<sup>781</sup> Oben A.III, S. 5.

<sup>782</sup> Hier strenger *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 277.

<sup>783</sup> Vgl. auch *Kühl*, AT, § 9 Rn. 136; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 14 Rn. 61; *Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 65; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 244 ff.

<sup>784</sup> Ein Vorrang des Genehmigungsverfahrens gegenüber § 34 StGB ließe sich womöglich auch anders begründen: Wer (1.) das System der Rechtfertigungsgründe dualistisch anhand der Prinzipien des mangelnden und des überwiegenden Interesses einteilt (z. B. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 14 Rn. 39; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 134 f.; *ders.*, GA 1985, 295 (302); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 Rn. 7), (2.) dem Prinzip des mangelnden Interesses den Vorrang vor dem des überwiegenden Interesses gibt (siehe oben C. Fn. 626) und (3.) die behördliche Genehmigung mit der rechtfertigenden Einwilligung gleichstellt und dem Prinzip des *mangelnden*

nen die Vorgaben für staatliche Verfahren den privaten Notstandstäter für sich genommen nicht betreffen, können diese Vorgaben *durch den Privaten* auch nicht umgangen werden – sie gelten für ihn gar nicht.<sup>785</sup> Ein Vorrang staatlicher Verfahren müsste hier anders als durch bloße Konkurrenzüberlegungen begründet werden.<sup>786</sup> Ein Vorschlag hierzu wird im folgenden Kapitel entwickelt. An der vorliegenden Stelle ist festzuhalten: Alle Dimensionen des Problems möglicherweise vorrangiger staatlicher Verfahren lassen sich nicht erfassen, wenn es nur als Konkurrenzfrage behandelt wird.

#### d) Ergebnis zur Gesetzeskonkurrenz

Es ist also nicht falsch, im Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand *zum Teil* auch ein Konkurrenzproblem zu sehen. Ob es sich mit *Jakobs* „um den bedeutendsten Fall einer Konkurrenz von Rechtfertigungsregelungen“<sup>787</sup> handelt, darf aber bezweifelt werden. Vollständig erfassen und befriedigend lösen lässt sich das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren auf Konkurrenzebene nicht.

### 4. Ergebnisse

Das Verhältnis zwischen staatlichen Verfahren und dem rechtfertigenden Notstand ist innerhalb des § 34 StGB auf zwei Stufen problematisch. Zum Teil wird es bereits auf Ebene der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr relevant. Wenn ein staatliches Verfahren im konkreten Einzelfall zur Abwehr der Gefahr besser geeignet oder

---

Interesses zuordnet (z. B. *Jakobs*, AT, 16/28), kann auf diesem Weg zu einem Vorrang des Genehmigungsverfahrens vor § 34 StGB kommen (vergleichbar *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (85): „es gilt zunächst, zu fragen“). All dies sähe sich jedoch verschiedener Kritik ausgesetzt, weil jede dieser drei Voraussetzungen von Vorentscheidungen abhängt und umstritten ist. Am wichtigsten ist, dass, auch wenn man einem dualistischen Modell folgt, kein Vorrang des Prinzips des mangelnden Interesses vor dem des überwiegenden Interesses gilt. § 34 StGB lässt den Eingriff in die Autonomie des Betroffenen zu und zeigt damit, dass man gerade nicht zuerst fragen muss (vgl. *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 209 f.). Die Norm wäre unnützlich, wenn sich der Täter vor jedem Eingriff aufgrund eines Vorrangs des Prinzips des mangelnden Interesses um eine Einwilligung bemühen müsste und ihm bei deren Versagung der Eingriff verwehrt wäre. Umgekehrt würde die Bemühung um eine Einwilligung zum „zeitraubende[n] Umweg“ (*Kühl*, AT, § 8 Rn. 92, vgl. auch *Jakobs*, AT, 13/19; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 24), wenn man trotz deren Versagung noch nach § 34 StGB vorgehen dürfte. Das Prinzip des mangelnden Interesses ist also gegenüber dem Prinzip des überwiegenden Interesses nicht vorrangig, sodass hieraus auch kein Vorrang des Genehmigungsverfahrens gegenüber § 34 StGB folgt. Weitere Kritik bei *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 245 f.

<sup>785</sup> Ähnlich BGHSt 13, 197 (199 f.); *Sax*, JZ 1959, 778. Anders mag dies sein, wenn man sich nicht auf den Notstandstäter und dessen Handlungserlaubnis, sondern auf das Eingriffsoffer und dessen Duldungspflicht bezieht. Das ist aber nicht gemeint, wenn der Vorrang staatlicher Verfahren als Konkurrenzfrage behandelt wird.

<sup>786</sup> Vgl. auch *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 313 f.

<sup>787</sup> *Jakobs*, AT, 13/36.

bei gleicher Eignung für das Eingriffsoffer weniger belastend ist als privates Vorgehen, hat es Vorrang und die private Gefahrenabwehr ist mangels Erforderlichkeit rechtswidrig. Damit ist das Verhältnis zwischen Staat und Notstandstäter jedoch nicht vollständig geklärt. Die normative Dimension des Problems lässt sich allein auf Ebene der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB aufgreifen und lösen. Damit hängt zusammen, dass es sich beim Vorrang staatlicher Verfahren nicht um eine Frage der Abwägung zwischen einem Interesse an der Einhaltung der Verfahrensordnung o. ä. und dem Erhaltungs- und Eingriffsinteresse handelt. Vielmehr sind Kriterien maßgeblich, die außerhalb des konkreten Notstandskonflikts angesiedelt sind.

Daneben setzten sich im Vorstehenden die Erkenntnisse aus der philosophischen Legitimationsdiskussion fort. So wurden auch auf dogmatischer Ebene viele Tendenzen ersichtlich, § 34 StGB zu einem Instrument zur Verrechtlichung individueller kriminalpolitischer (oder moralischer) Ansichten zu machen. Mit der hier vertretenen Auslegung des § 34 StGB wird das ebenso vermieden wie durch die obigen Überlegungen zur Legitimationsdiskussion.

## V. Zusammenfassung und Übergang

Die vorstehenden Überlegungen zur Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands stellen die notstandsspezifischen Weichen für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren. Dabei kamen die Ausführungen nicht ohne ein gewisses Vorverständnis über den Vorrang staatlicher Verfahren aus, welches erst im Folgenden ausgearbeitet wird. Hierfür den Weg frei zu machen, war Ziel dieses Kapitels.

Bei § 34 StGB handelt es sich um die demokratisch legitimierte Entscheidung politisch autonomer Staatsbürger, sich in Notsituationen zu einem gewissen Maß an zwischenmenschlicher Solidarität zu verpflichten. Andere Ansichten zur Legitimation des § 34 StGB führen oft dazu, dass der Notstand als Brücke zwischen Recht und Moral oder Kriminalpolitik behandelt wird, und kommen damit nicht nur in Konflikt mit den Grundlagen des demokratischen Rechtsstaats, sondern verstellen auch die Sicht auf das hier untersuchte Problem. Auf dogmatischer Ebene ist der Vorrang staatlicher Verfahren im Schwerpunkt innerhalb der Angemessenheitsklausel nach § 34 S. 2 StGB zu behandeln. Diese Einordnung reflektiert den Umstand, dass es sich primär um ein normatives, dem konkreten Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsinteresse übergeordnetes Problem handelt. Weder auf theoretischer noch auf dogmatischer Ebene ergaben sich dabei konstruktive Hilfestellungen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren. Das macht notstandsexterne Überlegungen erforderlich, denen sich das nun folgende Kapitel widmet.



## D. Gründe für einen Vorrang staatlicher Verfahren

### I. Einleitung

#### 1. Perspektivwechsel

In der Frage nach dem Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren artikulieren sich primär Kompetenzprobleme: Fraglich ist, wer über die Auflösung des Notstandskonflikts anhand welcher Maßstäbe entscheidet, wer dazu berufen ist, eine solche Entscheidung umzusetzen, und auf welche Art und Weise dies zu geschehen hat.<sup>1</sup> Um dies zu klären, ist ein Wechsel der Perspektive weg vom rechtfertigenden Notstand und dessen philosophischen Hintergründen hin zum allgemeinen Verhältnis zwischen Staat und Bürger erforderlich.<sup>2</sup> Das vorliegende Kapitel fragt deshalb danach, ob und inwieweit sich aus der Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger<sup>3</sup> im demokratischen Rechtsstaat des GG Gründe für oder gegen einen Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB und Anhaltspunkte für dessen Reichweite ergeben. Dazu wird in die politische Philosophie, die Rechts- und Demokratietheorie, das Staats- und Verfassungsrecht, die Verfahrenstheorie und das Verfahrensrecht eingestiegen.

Freilich ist auch der rechtfertigende Notstand Teil der Rechtsordnung und das Strafrecht Teil des Öffentlichen Rechts,<sup>4</sup> weshalb § 34 StGB, dessen Auslegung hier

---

<sup>1</sup> Das steht zum Teil auch hinter *Pawliks* Überlegungen zum Primat der Institutionen, vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 ff., 218 ff.; zum rechtfertigenden Notstand als Kompetenzproblem auch *Thorburn*, *Yale Law Journal* 117 (2008), 1070 (1082 ff., 1094 ff., 1110 ff., 1125 ff.); *ders.*, in: Duff/Green (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 (32 ff.); vgl. auch *Fletcher*, *University of Pittsburgh Law Review* 57 (1996), 553 (569 ff.); *Y. Lee*, *Criminal Law and Philosophy* 3 (2009), 133 (142); *Nourse*, *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2003), 1691 (1710 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis allgemein auch *Thorburn*, in: Duff/Green (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 ff.; *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 7 (26 ff.); dazu, dass bei den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen das Staat-Bürger-Verhältnis nicht vernachlässigt werden darf, siehe *Nourse*, *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2003), 1691 ff. (insbesondere 1710 ff.).

<sup>3</sup> Damit ist kein gesellschaftstheoretisches Votum für eine anstandsstaatliche Abgrenzung von Staat und Gesellschaft verbunden. Eine rechtliche Unterscheidung der Kompetenzen von Staat und Bürger bleibt von gesellschaftstheoretischen Einsichten zu weitreichenden Interdependenzen zwischen Staat und Gesellschaft unberührt. Siehe dazu m. w. N. *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, S. 144 ff.

<sup>4</sup> Für Deutschland nur *Rengier*, AT, § 2 Rn. 1. In der anglo-amerikanischen strafrechtstheoretischen Diskussion steckt hinter dieser Aussage mehr als eine lapidare systematische Feststellung,

fraglich ist, die Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger mitgestaltet. Will man sich mit dem beschriebenen Unterfangen nicht im Kreis drehen, bedarf es daher einer Unterscheidung zwischen dem Staat-Bürger-Verhältnis *außerhalb* und *innerhalb* des rechtfertigenden Notstands. Ob und inwieweit Erkenntnisse zum allgemeinen bzw. *notstandsexternen* Verhältnis zwischen Staat und Bürger auch innerhalb des rechtfertigenden Notstands gelten oder aber *notstandsintern* modifiziert werden müssen, ist dabei gesondert zu klären. Auf diesem Weg wird der Grundstein für die Entwicklung differenzierter Kriterien zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren gelegt.

## 2. Aussagen in Rechtsprechung und Literatur

### a) Für einen Vorrang staatlicher Verfahren

Wenngleich Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend einen Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand annehmen, wird die Hoffnung, eine befriedigende Begründung hierfür zu finden, nicht selten enttäuscht. Viele verzichten ganz auf eine Begründung.<sup>5</sup> Teils erschließen sich die Gründe für den Vorrang staatlicher Verfahren auch erst mittelbar aufgrund allgemeiner Ausführungen zur Bedeutung der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB.<sup>6</sup> Selbst diejenigen, die einen Begründungsversuch unternehmen, begnügen sich oft mit floskelartigen und abstrakten Aussagen. So soll der Vorrang staatlicher Verfahren fundamentale Ordnungsprinzipien<sup>7</sup> oder den Rechtsfrieden<sup>8</sup> schützen. Es gehe um die Verteidigung des formellen Rechtsstaats gegen eine freihändige Nutzenoptimierung durch den Einzelnen,<sup>9</sup> den Erhalt des rechtsstaatlichen Gleichgewichts zwischen formellem Recht und materieller Gerechtigkeit,<sup>10</sup> die Bewahrung der Herrschaft des Rechts gegen die Herrschaft des Stärkeren,<sup>11</sup> also zusammenfassend um Rechtssicherheit.<sup>12</sup> Setze jedermann ohne Rücksicht auf staatliche Entscheidungen seine eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen durch, würde, so ist zu lesen, das gesetzliche Prinzip obsolet,<sup>13</sup>

---

siehe *Thorburn*, in: Duff/Green (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. 21 ff.; zur Einordnung *Chiao*, in: Flanders/Hoskins (Hrsg.), *The New Philosophy of Criminal Law*, S. 19 ff.; Überblick bei *Hörnle*, GA 2023, 1 (11).

<sup>5</sup> *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213); *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119; *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 35; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 364; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 57.

<sup>6</sup> *Kühl*, AT, § 8 Rn. 166, 175 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 484 f.

<sup>7</sup> *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41; vgl. auch *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 213.

<sup>8</sup> *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 162; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 182; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 257 mit Fn. 79.

<sup>9</sup> *Jakobs*, AT, 13/36.

<sup>10</sup> *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 213.

<sup>11</sup> Vgl. *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 10.

<sup>12</sup> Ähnlich *Burr*, JR 1996, 230 *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248 ff.

<sup>13</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (569 ff.); *Renzikowski*, Notwehr und Notstand, S. 253.

und Rechtsnormen wären nur noch unverbindliche Empfehlungen.<sup>14</sup> In eine ähnliche Richtung geht *Pawlik*, der den Primat der Institutionen mit der Regelungs- und Entscheidungskompetenz des demokratischen Gesetzgebers begründet.<sup>15</sup> Auch andere weisen auf die zu respektierende Entscheidungsprärogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers<sup>16</sup> oder der Verwaltung<sup>17</sup> hin, welche nicht zur Disposition des Einzelnen stehe. Der Gesetzgeber habe Regelungen zur Auflösung bestimmter Konflikte erlassen, die keinem „individuellen Nachprüfungs- und Billigungsvorbehalt“<sup>18</sup> unterstehen sollen. Auch das einschlägige staatliche Verfahren sei ein gegenüber § 34 StGB spezieller Mechanismus zur Konfliktlösung, der nicht auf Grundlage des generalklauselartigen § 34 StGB unterlaufen werden dürfe.<sup>19</sup> Andere befürchten einen Verlust an demokratischer Kontrolle bei privater Gefahrenabwehr und Konflikte mit dem Demokratieprinzip.<sup>20</sup>

Viele stellen zur Begründung des Vorrangs staatlicher Verfahren bei § 34 StGB zudem auf das staatliche Gewaltmonopol und die damit korrespondierende Friedenspflicht der Bürger ab.<sup>21</sup> Das Gewaltmonopol des Staates dürfe durch gewalttames Vorgehen Privater nur so weit wie unbedingt nötig beeinträchtigt werden. Außerdem seien rechtsstaatliche Errungenschaften wie der Vorbehalt des Gesetzes, die Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gegenüber einer ungebundenen und willkürlichen Gewaltsamkeit Privater abzusichern.<sup>22</sup> Des Weiteren werden als Vorteile staatlicher Verfahren gegenüber der Privatinitiative die durch das Verfahren vermittelte Legitimation<sup>23</sup> und

<sup>14</sup> LK/Zieschang, § 34 Rn. 162.

<sup>15</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 f.; dazu oben B.III.3.a)aa), S. 59 ff.

<sup>16</sup> *Abramenko*, NSTZ 2001, 71 (73).

<sup>17</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (198 f.).

<sup>18</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

<sup>19</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (198); *Renzikowski*, Notwehr und Notstand, S. 253; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 51 ff.; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 123 ff.; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 213.

<sup>20</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, ZRP 1977, 277 (279).

<sup>21</sup> *Arzt*, JZ 1994, 314; *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (569 ff.); *Burr*, JR 1996, 230 ff.; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213 ff.); *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (194 f.); *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (429); *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, S. 294 ff.; *Horster/Zimmermann*, GA 2023, 481 (494 f.); *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 16; *Kunz*, ZStW 95 (1983), 973 (975); *Lagodny*, GA 1991, 300 (309 ff.); *ders.*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 266 f.; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (63 ff.); *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 55 ff.; *Müller*, Das staatliche Gewaltmonopol, S. 161 f. und 165 f.; *Petersen*, JA 2017, 502 (518 f.); *Roxin*, NSTZ 1993, 335; *Scheuerl/Glock*, NSTZ 2018, 448 (451); *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 321 ff.; *Stam*, in: *ders./Werkmeister* (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, S. 171 (183 ff.); *Wilensmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 429; *Zerbes*, in: *Satzger/v. Maltitz* (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 503 (518 f.); *Zieschang*, JR 2023, 141 (146); vgl. auch *Kühl*, AT, § 7 Rn. 119; *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 272 ff.; aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis *Nourse*, University of Pennsylvania Law Review 151 (2003), 1691 (1713); aus Sicht der Grundrechtstheorie *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 180.

<sup>22</sup> *Burr*, JR 1996, 230 (231); *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (194 f.); *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (481 f.); *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (57 f.).

<sup>23</sup> *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (567); *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 28 f.

die größere Rationalität und Professionalität staatlicher Gefahrenabwehr<sup>24</sup> angeführt. Der Staat verfüge über effektivere Mittel als Private.<sup>25</sup> Letztere befänden sich in einer außergewöhnlichen Drucksituation und seien durch eigene Interessen befangen, was zu einer erhöhten Eskalationsgefahr und Fehleranfälligkeit der Gewaltanwendung führe.<sup>26</sup> Schließlich begründen manche den Vorrang staatlicher Verfahren auch mit dem Schutz des Verfahrens an sich, unabhängig von Nützlichkeits-erwägungen oder materiellen Argumenten.<sup>27</sup>

### b) Andere Ansichten

Vereinzelt finden sich zum Verhältnis zwischen staatlicher und privater Konfliktlösung auch andere Stimmen. Anders als die h. M. lehnen diese einen Vorrang staatlicher Verfahren in der Allgemeinheit ab und suchen die Entscheidung, wer zur Konfliktbewältigung berufen ist, allein auf der Ebene der konkreten Umstände des Einzelfalls. Maßgeblich sei nur, wessen Eingriff in Bezug auf das konkret beeinträchtigte Rechtsgut weniger intensiv ist.<sup>28</sup> Abgesehen davon sei es für das Opfer irrelevant, ob der Eingriff durch den Staat oder einen Privaten erfolge.<sup>29</sup> Andere Unterscheidungsmerkmale könnten gegenüber dem Täter nicht legitimiert werden, sondern führten zu einer Bestrafung allein wegen der Umgehung formeller Zuständigkeits- und Verfahrensregeln,<sup>30</sup> wegen Verwaltungsungehorsams,<sup>31</sup> bloßen Ordnungsunrechts<sup>32</sup> oder Unrechts gegen das staatliche Gewaltmonopol.<sup>33</sup> Das Gewaltmonopol gelte im Bereich der Notrechte ohnehin nicht<sup>34</sup> oder nur im Rahmen des positiven Rechts, welches in den §§ 32 ff. StGB private Gewalt ausdrücklich zulasse,<sup>35</sup> könne also nicht als Argument für einen Vorrang staatlicher Verfahren dienen.

<sup>24</sup> Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 317 ff.; Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (64); ähnlich M. Schröder, Die Verwaltung 50 (2017), 309 (334); diese Erwägungen finden sich für § 32 StGB auch bei Burr, JR 1996, 230 (231 f.); Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 160 ff.

<sup>25</sup> Burr, JR 1996, 230 (231); Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (57 f.); vgl. auch W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 17.

<sup>26</sup> Lassahn, AöR 143 (2018), 471 (483); Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (64 f.); Roxin, NSTZ 1993, 335.

<sup>27</sup> Vgl. MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 261; Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 320; siehe auch AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 93.

<sup>28</sup> Pelz, NSTZ 1995, 305 (307, 309); Schmidhäuser, GA 1991, 97 (123 f.); Seebode, FS Krause, S. 375 (385 ff.).

<sup>29</sup> Pelz, NSTZ 1995, 305 (307 und 309).

<sup>30</sup> Pelz, NSTZ 1995, 305 (306).

<sup>31</sup> So in vergleichbaren Zusammenhängen Erb, FS Nehm, S. 181 (184); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 115.

<sup>32</sup> Greco, ZStW 134 (2022), 1 (91).

<sup>33</sup> Lesch, StV 1993, 578 (580).

<sup>34</sup> Schmidhäuser, GA 1991, 97 (123 f.); Seebode, FS Krause, S. 375 (387); vgl. auch Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 158 f.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 227 mit Fn. 211.

<sup>35</sup> Mahlberg, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 83 ff.

### c) Zusammenfassung und Systematisierung

Die meisten Argumente für oder gegen einen Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB bewegen sich auf hoch abstrakter Ebene und lassen selten Differenzierungen oder Abstufungen zu. Es handelt sich um im Einzelfall schwer handhabbare Prinzipien, deren genauer Aussagegehalt oft ebenso unklar bleibt wie ihr Verhältnis zueinander. Schon deshalb sind die Kriterien für die Lösung konkreter Einzelfälle nur eingeschränkt tauglich.

Dessen ungeachtet belegen die Argumente die Notwendigkeit eines Schritts von strafrechtlichen und strafrechtsphilosophischen zu (im weiteren Sinne) staatsrechtlichen Überlegungen und solchen der politischen Philosophie. Auch in der Literatur zum Vorrang staatlicher Verfahren werden durchweg keine strafrechtlichen oder notstandsspezifischen Aspekte genannt. Außerdem lassen sich zwei Gruppen an Argumenten unterscheiden: solche, die sich auf die inhaltliche Entscheidung einer zuständigen Stelle beziehen (Entscheidungsdimension, z. B. Rechtssicherheit, Demokratie, Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers und der Verwaltung), und solche, die die Durchsetzung einer bereits getroffenen Entscheidung betreffen (Durchsetzungsdimension, z. B. staatliches Gewaltmonopol, Vorbehalt des Gesetzes, Effektivität staatlicher Gefahrenabwehr). Die Frage, wie ein Konflikt inhaltlich zu lösen ist und wer die Entscheidung darüber treffen darf, ist also offenbar von der Frage zu unterscheiden, von wem, auf welche Art und Weise und mit welchen Mitteln diese Entscheidung durchgesetzt wird.<sup>36</sup> Diese Unterscheidung gliedert das vorliegende Kapitel.

### 3. Gang der Untersuchung

Die folgende Untersuchung beschränkt sich nicht darauf, die soeben beschriebenen Aspekte einzeln nacheinander zu diskutieren, sondern sie analysiert die Hintergründe der Problematik im systematischen Zusammenhang. Dabei folgt der Gedankengang zunächst einer Aufteilung des Begriffs vom „Vorrang staatlicher Verfahren“. Dieser setzt sich zusammen aus einem Vorrang staatlicher Tätigkeit (dazu sogleich II.) und einem Vorrang verfahrensmäßig organisierter Tätigkeit (dazu unten III.). Innerhalb des ersten Abschnitts richtet sich die Gliederung nach der soeben vorgenommenen Systematisierung der Argumente: Unterschieden wird zwischen Entscheidungs- (unten II.3.) und Durchsetzungsdimension (unten II.4.). Im zweiten Abschnitt löst sich diese Unterscheidung gleichsam im Verfahren auf (unten III.1).

---

<sup>36</sup> Vgl. auch die Unterscheidung zwischen Entscheidung und Vollzug bei Popp, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, S. 212 ff.; in eine ähnliche Richtung geht auch die „Arbeitsteilung“ bei Thorburn, *Yale Law Journal* 117 (2008), 1070 (1073 und passim).

## II. Der Vorrang staatlicher Tätigkeit

### 1. Einleitung

Der vorliegende Abschnitt beschäftigt sich mit dem allgemeinen Verhältnis zwischen staatlicher und privater Tätigkeit und dessen Implikationen für § 34 StGB. Freilich ist dies als Thema viel zu allgemein und kann hier nicht umfassend erörtert werden. Deshalb sind Einschränkungen nötig: Es geht erstens nur um das Staat-Bürger-Verhältnis im demokratischen Rechtsstaat des GG. Zweitens soll nur der für § 34 StGB relevante Ausschnitt dieses Verhältnisses betrachtet werden: die Auflösung von potenziellen und (bei § 34 StGB) akuten Interessenskonflikten.<sup>37</sup> Dabei gliedern sich die Überlegungen wie angekündigt in Betrachtungen der Entscheidungs- (unten 3.) und der Durchsetzungsdimension (unten 4.). Fraglich ist also die Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger bei der Auflösung potenzieller und akuter Interessenskonflikte im demokratischen und an den Grundrechten ausgerichteten Rechtsstaat des GG. Als Ausgangspunkt dient eine an verschiedenen Naturzustandstheorien orientierte Arbeitshypothese (sogleich 2.).

### 2. Hobbes, Locke, Nozick und die Defizite des Naturzustands

#### a) Ein naheliegender Lösungsweg

§ 34 StGB gibt dem Einzelnen die Erlaubnis, zur Erhaltung eines notstandsfähigen Rechtsguts fremde Rechtsgüter zu beeinträchtigen. Rechtfertigt man die Existenz des Staates mit der Überwindung eines kriegerischen Naturzustands, in dem die Menschen einander schutzlos ausgeliefert sind (dazu sogleich), erscheint die Notstandsbefugnis des Täters und die Duldungspflicht des Opfers auf den ersten Blick als Rückfall in einen solchen Naturzustand.<sup>38</sup> Erkennt man sowohl die legitime Existenz eines Staates<sup>39</sup> als auch die des rechtfertigenden Notstands<sup>40</sup> an und versucht, durch das Merkmal des Vorrangs staatlicher Verfahren bei § 34 StGB einen Ausgleich zwischen den Befugnissen des Staates und denen des Einzelnen im Notstand herzustellen, liegt es nahe, hierzu über die Vor- und Nachteile des staatlichen Zustands im Vergleich zum Naturzustand nachzudenken. Ein Rückfall in den Naturzustand durch § 34 StGB wäre dann in all jenen Fällen zulässig, in denen sich die Vorteile des staatlichen Zustands nicht verwirklichen lassen oder andere Interessen entgegen stehen.<sup>41</sup> Damit ist eine erste Annäherung an die Lösung des hier untersuchten

<sup>37</sup> Zum Recht als Vermittlung zwischen möglicherweise gegenläufigen, konfligierenden Belangen v. *der Pfordten*, JZ 2008, 641 (648 ff.).

<sup>38</sup> So etwa *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 96.

<sup>39</sup> Zu Theorien des Anarchismus im Überblick *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 18 ff.

<sup>40</sup> Dazu oben C.II.2, S. 94 ff.

<sup>41</sup> Orientiert an *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 159–176.

Problems ausgemacht, die vorliegend als Arbeitshypothese fungiert. Die Grundlage hierfür bilden Gedanken bei *Thomas Hobbes*, *John Locke* und *Robert Nozick*. Die so entwickelte Hypothese wird im weiteren Verlauf auf ihre Vertretbarkeit im demokratischen Rechtsstaat des GG getestet.

*b) Der Staat als Überwindung des Kriegs aller gegen alle*

Ausgangspunkt des philosophischen Nachdenkens über den Staat ist häufig *Thomas Hobbes* und seine durch den englischen Bürgerkrieg (1642–1649) geprägte Theorie der Legitimation staatlicher (und absolutistischer) Herrschaft.<sup>42</sup> Im status naturalis, in welchem die Menschen vor Einsetzung eines Staates lebten, herrsche laut *Hobbes* ein Krieg aller gegen alle. Die Menschen lebten in ständiger Furcht voreinander und in lähmender Unsicherheit.<sup>43</sup> Um diesem Naturzustand zu entgehen, schlossen die Menschen untereinander einen Gesellschaftsvertrag und übertrugen ihre natürlichen Rechte auf einen Einzelnen oder eine Versammlung. Dadurch entstehe eine mit umfassenden Befugnissen ausgestattete absolute Herrschaftsmacht – der Leviathan. Zweck des so entstandenen Staates sei es, durch seine allen anderen Kräften überlegene Macht den Krieg aller gegen alle zu überwinden und den Menschen ein Leben in Sicherheit und Frieden zu ermöglichen.

Ähnliche Überlegungen finden sich um dieselbe Zeit bei *John Locke*.<sup>44</sup> Auch er beschreibt einen Naturzustand, in dem der Mensch zwar frei ist, aber ein Leben in Unsicherheit und ständiger Furcht vor anderen führt.<sup>45</sup> Dabei arbeitet *Locke* verschiedene Defizite des Naturzustands heraus. Auf der Ebene abstrakt-inhaltlicher Vorgaben konstatiert er ein Definitions- und Erkenntnisproblem, denn das Naturrecht sei inhaltlich zu abstrakt, um konkrete Konflikte zu lösen, und werde von den Menschen nicht richtig erkannt, weil sie von ihren subjektiven Interessen beeinflusst seien.<sup>46</sup> Zweitens sieht *Locke* auf der Ebene konkreter Einzelfälle ein Entscheidungsproblem: Weil im Naturzustand jedermann Richter in eigener Sache sei, sei er von Leidenschaft und Rache geblendet. Dies führe dazu, dass Akte zur Wiedergutmachung oder Bestrafung über das erforderliche Maß hinaus gehen.<sup>47</sup> Drittens sei auch die Vollstreckungsebene defizitär, denn die Vollstreckung eines Urteils sei im Naturzustand unwahrscheinlich, wenn der Verurteilte stärker ist als der Vollstrecker.<sup>48</sup> Diese Defizite können zusammenfassend den drei Gewalten im Sinne der Gewaltenteilung zugeordnet werden. Es fehlt an einer gesetzgebenden Gewalt, die anstelle der abstrakten und schwer erkennbaren Grundsätze des Naturrechts einen einheitlichen

<sup>42</sup> Zum Folgenden *Hobbes*, Leviathan, Kap. 17.

<sup>43</sup> Näher zum hobbeschen Naturzustand *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 64 ff.

<sup>44</sup> Zum Folgenden *Locke*, Two Treatises of Government, II, §§ 123 ff.

<sup>45</sup> Zusammenfassend *Locke*, Two Treatises of Government, II, § 123; zum Naturzustand bei *Locke* im Vergleich zu *Hobbes* auch *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 109 ff.

<sup>46</sup> *Locke*, Two Treatises of Government, II, § 124.

<sup>47</sup> *Locke*, Two Treatises of Government, II, § 125.

<sup>48</sup> *Locke*, Two Treatises of Government, II, § 126.

Standard von richtig und falsch aufstellt. Es fehlt an einem unparteiischen und von allen Beteiligten anerkannten Richter, der über den Konflikt entscheidet und das Risiko fehlerhafter oder übertriebener Maßnahmen begrenzt. Und es fehlt an einer wirksamen Exekutive zur Vollstreckung der gesetzgeberischen oder richterlichen Entscheidungen.<sup>49</sup>

Dieser Zustand, in dem jedermann „Interpret des natürlichen Gesetzes, Richter in eigener Sache und Hüter und Vollstrecker des Naturrechts“<sup>50</sup> ist, werde nun durch den Staat überwunden. Hierzu übertragen die Menschen bei *Locke* jedoch anders als bei *Hobbes* nicht *alle* ihre Rechte auf den Staat, sondern nur einen Teil derselben. *Locke* unterscheidet zwischen zwei Qualitäten von Rechten: Freiheit, Gleichheit und Eigentum seien Rechte erster Ordnung. Diese würden durch Rechte zweiter Ordnung, zu denen das Recht auf Privatjustiz, auf private Rechtsprechung und private Vollstreckung zählen, durchgesetzt.<sup>51</sup> Nur diese Rechte zweiter Ordnung übertragen die Menschen zur Überwindung des Naturzustands bei *Locke* auf den Staat. Dieser soll mithin die beim Individuum verbleibenden Rechte erster Ordnung schützen.<sup>52</sup>

*Lockes* Beschreibung des Naturzustands nimmt wiederum *Robert Nozick* zum Ausgangspunkt seiner im Jahr 1974 veröffentlichten Überlegungen.<sup>53</sup> Ihm zufolge bilden die Menschen aufgrund der von *Locke* herausgearbeiteten Defizite des Naturzustands zunächst Schutzgemeinschaften, innerhalb derer sie sich gegenseitig Beistand in Sachen Schutz und Rechtsdurchsetzung leisten.<sup>54</sup> Auch solche Schutzgemeinschaften litten jedoch an Defiziten. So müsse jedermann ständig zur Verteidigung zur Verfügung stehen, und die Schutzgemeinschaft könne zur Verfolgung übler Zwecke missbraucht werden.<sup>55</sup> Um dies zu beheben, würden berufliche Schutzleute angestellt, die die anderen Mitglieder der Schutzgemeinschaft von der ständigen Bereitschaftspflicht entbinden, und Verfahrensregelungen entwickelt, die festlegen, in welchen Fällen die Gemeinschaft eingreift und in welchen nicht.<sup>56</sup> So entstehe ein spezialisierter, institutionalisierter und professionalisierter Schutzapparat und eine unabhängige, verbindlich entscheidende Instanz.<sup>57</sup> Im Rahmen der weiteren Entwicklung<sup>58</sup> werde die private Rechtsdurchsetzung, insbesondere die Bestrafung Einzelner, von der dominanten Schutzgemeinschaft als zu riskant verboten. Bei einem unabhängigen Vorgehen Einzelner bestehe u. a. das Risiko, entweder eine falsche

<sup>49</sup> Eine Einteilung der Defizite im Naturzustand bei *Locke* findet sich auch bei *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 119 ff. und 122 ff.

<sup>50</sup> *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 122.

<sup>51</sup> *Locke*, Two Treatises of Government, II, § 128; zusammenfassend *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 112 ff.

<sup>52</sup> *Locke*, Two Treatises of Government, II, §§ 128 ff.

<sup>53</sup> Zum Folgenden *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, S. 10 ff. und 88 ff.

<sup>54</sup> *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, S. 12 ff.

<sup>55</sup> *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, S. 12.

<sup>56</sup> *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, S. 13.

<sup>57</sup> *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, S. 13 f.

<sup>58</sup> Zusammenfassend *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 313 f.

Person oder aber die richtige Person zu hart zu bestrafen.<sup>59</sup> Zudem sei unklar, wer konkret zur Bestrafung berufen sein soll – das Opfer oder der, der zuerst tätig wird.<sup>60</sup> Auch könne man sich weder darauf einigen, welches Maß an Strafe eine Handlung verdient, noch darauf, welche Handlungen überhaupt unter Strafe zu stellen sind.<sup>61</sup> Um all dies zu beheben, werde eine übergeordnete Institution geschaffen, die festlegt, welches Verhalten in welchem Maße bestraft werden soll, und die bei der Bestrafung einheitlich und berechenbar vorgeht.<sup>62</sup>

Zentrales Motiv bei *Hobbes*, *Locke* und *Nozick* ist die Überwindung der Defizite eines kriegerischen, unsicheren Naturzustands durch die Gründung einer institutionalisierten Zwangsordnung. Die Menschen übertragen bei *Hobbes* all ihre Rechte an den übermächtigen Leviathan, um dem Krieg aller gegen alle zu entgehen, und sie beheben die Schwierigkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung bei *Locke* und *Nozick* durch die Übertragung der Rechte zweiter Ordnung an den Staat. V. a. *Locke* und *Nozick* zeigen dabei die konkreten Probleme, mit denen die Menschen ohne Staat konfrontiert wären: Es bestehen Erkenntnis- und Entscheidungsprobleme, Fehlerisiken bei der Anwendung von Entscheidungen und ein Effektivitätsproblem bei der Vollstreckung.<sup>63</sup> Zur Überwindung dieser Probleme braucht es den drei Philosophen zufolge eine mit Zwangsgewalt ausgestattete staatliche Ordnung.

### c) Übertragung auf § 34 StGB

All dies *könnte* nun für die Abgrenzung zwischen eigenmächtigem Vorgehen Privater im rechtfertigenden Notstand und staatlicher Tätigkeit Anhaltspunkte bieten. Versteht man den rechtfertigenden Notstand als Rückfall in den Naturzustand, lassen sich auch die Defizite eines solchen Naturzustands auf § 34 StGB übertragen. Der Notstandstäter erscheint damit als Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker in eigener Sache und vereint offenbar alle von *Hobbes*, *Locke* und *Nozick* ermittelten Defizite in einer Person. Er ist es, der über die Auflösung des Notstandskonflikts – abstrakt als eine Art Gesetzgeber und im konkreten Fall als Richter – entscheidet, und er zwingt diese Entscheidung durch die Notstandshandlung dem Eingriffsoffer (oder bei kollektiven Rechtsgütern: der Allgemeinheit) auf.<sup>64</sup> Infolgedessen bestünde die Aufgabe des Vorrangs staatlicher Gefahrenabwehr bei § 34 StGB darin, dieser Probleme Herr zu werden, ohne der Norm jeden Anwendungsbereich zu nehmen. Der Vorrang staatlicher Tätigkeit hinge dann z. B. davon, ob diese allgemeinen Defizite des Naturzustands auch im konkreten Einzelfall auszumachen wären oder nicht.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, S. 88.

<sup>60</sup> *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, S. 138.

<sup>61</sup> *Nozick*, *Anarchy, State and Utopia*, S. 141.

<sup>62</sup> Ebd.

<sup>63</sup> Vgl. auch nochmals *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 160 ff.

<sup>64</sup> Vgl. auch *Nourse*, *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2003), 1691 (1703 ff. und 1710 ff.).

<sup>65</sup> Vgl. *Engländer*, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, S. 159 ff.; ähnlich *Pawlik*, *ZStW* 114 (2002), 259 (269 f.).

Ob dies eine taugliche und im demokratischen Rechtsstaat vertretbare Beantwortung der vorliegenden Forschungsfrage darstellt, ist jedoch erst noch zu klären. Für die vorliegende Untersuchung stellen sich demnach mehrere Fragen: Stellt der rechtfertigende Notstand einen Rückfall in einen Naturzustand dar? Wird der Notstandstäter Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker in eigener Sache, und handelt es sich hierbei um *Defizite*? Und auf welchem Weg lassen sich diese Defizite beheben?

### 3. Vorrang staatlicher Entscheidungen

#### a) Einleitung

Zur Beantwortung dieser Fragen wird im Folgenden zuerst die Verteilung der *Entscheidungskompetenz* zwischen Staat und Bürger im demokratischen Rechtsstaat untersucht. Wer ist dazu berufen, über die Auflösung möglicher oder akuter Interessenskonflikte zu entscheiden, welchen Vorgaben und Grenzen unterliegt er dabei und wie wirkt sich dies auf die Befugnis nach § 34 StGB aus? Zu unterscheiden sind rechtstheoretische (sogleich b)) und demokratietheoretische und verfassungsrechtliche (unten c)) Überlegungen.

#### b) Rechtstheoretisch: Entscheidung statt Erkenntnis

Die folgenden Ausführungen widmen sich den Gedanken *Hans Kelsens* (sogleich aa)), *Gustav Radbruchs* (unten bb)) und *John Rawls'* (unten dd)). Für die Zwecke dieser Untersuchung interessant sind dabei Aussagen zu Werterelativismus, Rechtsgeltung und Bindung des Rechts an überpositive, insbesondere moralische Normen.

#### aa) Relativismus und Rechtspositivismus bei Kelsen (1960)

*Kelsens* Reine Rechtslehre geht von einem rational-relativistischen Standpunkt aus. Außerhalb des staatlichen Rechts kommen für *Kelsen* allein *relativ* gültige Normen und Werte in Betracht. Widersprechen sich zwei Normen, könne man immer die eine *oder* die andere Norm für gültig halten, ohne dass rational beweisbar wäre, dass nur die eine oder nur die andere Norm gültig ist.<sup>66</sup> Absolute Normen und Werte, die mit dem Anspruch auftreten, die Gültigkeit entgegengesetzter Normen auszuschließen, könnten, so *Kelsen*, allein durch eine übermenschliche, transzendente Autorität, also Gott, die Vernunft oder die Natur gesetzt werden. An solche Normen könne man ebenso wie an die normsetzende Instanz zwar *glauben*, sie seien aber einer wissenschaftlichen, rationalen Betrachtung nicht zugänglich. Dieser Relativismus betreffe insbesondere Normen der Moral.<sup>67</sup> Von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus seien nur relativ gültige Moralnormen und -werte anzunehmen. Zu verschiedenen Zeiten, in verschiedenen Völkern, innerhalb verschiedener Stände, Klassen usw.

<sup>66</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 16 ff.

<sup>67</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 64 ff.

existierten unterschiedliche, sich häufig widersprechende Moralnormen.<sup>68</sup> Dies sei besonders bei Gerechtigkeitsnormen als Teil der Moral der Fall.<sup>69</sup>

Dieser rational-relativistische Standpunkt führt *Kelsen* zum Rechtspositivismus und zur Trennung von Recht und Moral bzw. Recht und Gerechtigkeit.<sup>70</sup> Eine Rechtsordnung könne zwar mit der einen Gerechtigkeitsnorm übereinstimmen, jedoch einer anderen widersprechen, weshalb es, machte man die Bewertung des positiven Rechts als gerecht zu einem Element des Rechtsbegriffs und zur Bedingung der Gültigkeit des Rechts, an einem unabhängigen Maßstab für das, was Recht und Unrecht ist, fehlen würde. Das Recht, das vom Standpunkt der einen Gerechtigkeitsnorm aus als gerecht und damit gültig zu bewerten wäre, könnte vom Standpunkt einer anderen Gerechtigkeitsnorm aus ungerecht und damit ungültig sein. Und weil jede Rechtsnorm irgendeiner Gerechtigkeitsnorm widerspreche, wäre keine Rechtsnorm mehr gültig, würde die Geltung von der Gerechtigkeit der Rechtsnormen abhängen.

Deshalb ist *Kelsens* Rechtsbegriff rein formal. Recht wird als normative Zwangsordnung definiert, ohne dass es einen inhaltlichen Bezug zu (außerrechtlichen) Werten gibt.<sup>71</sup> Die Geltung einer Rechtsnorm, d. h. ihre Verbindlichkeit für den Menschen, ist für *Kelsen* von ihrem inhaltlichen Verhältnis zu einer Gerechtigkeitsnorm unabhängig. Geltungsgrund des positiven Rechts sei nicht dessen inhaltliche Übereinstimmung mit einer Gerechtigkeitsnorm, sondern seine formelle Übereinstimmung mit der vorausgesetzten Grundnorm.<sup>72</sup> Diese Grundnorm mache aber keine inhaltlichen Vorgaben,<sup>73</sup> sondern überlasse dies dem Prozess der Rechtserzeugung.<sup>74</sup> Mithin kann nach *Kelsen* das Recht jeden beliebigen Inhalt annehmen.<sup>75</sup> Bestimmte staatliche Maßnahmen könne man zwar „moralisch auf das schärfste verurteilen; aber man kann sie nicht als außerhalb der Rechtsordnung dieser Staaten stehend ansehen.“<sup>76</sup> Die Absage an absolut gültige Normen führt *Kelsen* also zur Geltung und (juristischen) Verbindlichkeit des positiven Rechts ohne inhaltlich-moralische Bedingungen.

---

<sup>68</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 66 f.; verschiedene Gerechtigkeitsnormen analysiert *Kelsen* im Anhang zur zweiten Auflage seiner Reinen Rechtslehre, siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 365 ff.

<sup>69</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 365 ff.

<sup>70</sup> Zum Folgenden *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 50 ff., 68 ff., 226 ff., 360 ff. und 402 ff.

<sup>71</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 34 ff.

<sup>72</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 204 ff., 223 ff., 362, 404 und 443.

<sup>73</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 198 ff. und 224 ff.

<sup>74</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 443.

<sup>75</sup> Vgl. auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 201 ff.

<sup>76</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 42.

bb) Relativismus, Rechtspositivismus und Grenzen bei Radbruch

(1) Rechtsphilosophie (1932)

Mit einem rationalen Relativismus teilt *Radbruch* mit *Kelsen* denselben Ausgangspunkt. Letzte Sollenssätze und oberste Werturteile seien nicht wissenschaftlich beweisbar, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig.<sup>77</sup> Dennoch unterscheidet sich *Radbruchs* Rechtsbegriff vom Begriff *Kelsens*. *Radbruch* definiert Recht als Kulturbegriff, d. h. als wertbezogene Wirklichkeit: Recht sei diejenige Tatsache, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen.<sup>78</sup> Diese Rechtsidee bzw. die Gerechtigkeit im weiteren Sinne<sup>79</sup> setze sich aus drei Bestandteilen zusammen: Gerechtigkeit im engeren Sinne, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit. Gerechtigkeit im engeren Sinne bedeute verhältnismäßige Gleichheit bei der Behandlung verschiedener Personen.<sup>80</sup> Damit werde jedoch allein eine formale Vorgabe gemacht. Wer in welcher Beziehung als gleich anzusehen ist und welcher Art die verhältnismäßig gleiche Behandlung sein soll, bleibe unbeantwortet.<sup>81</sup> Inhaltliche Vorgaben für das Recht ergäben sich erst aus dem zweiten Bestandteil der Rechtsidee: den Zwecken bzw. Werten, die durch das Recht verwirklicht werden sollen.<sup>82</sup> Zu unterscheiden seien Individual-, Kollektiv- und Werkwerte. Diese Werte gelten zwar absolut, allerdings könne nicht jeder dieser Werte vollumfänglich verwirklicht werden. Daher benötige die Rechtsidee mit der Rechtssicherheit ein drittes Element.<sup>83</sup> „Wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muss festgesetzt werden, was rechtens sein soll.“<sup>84</sup> Dies setze dem Streit der Rechtsansichten ein Ende und gewährleiste Friede und Ordnung. Das Verhältnis der drei Elemente der Rechtsidee stehe allerdings ebenfalls nicht allgemeingültig fest.<sup>85</sup> Rechtssicherheit sei immer gegen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit abzuwägen, doch könne diese Abwägung nur durch staatliches Recht erfolgen. Anders als *Kelsen* kennt *Radbruch* also durchaus absolute Werte und einen Wertbezug im Recht. Absolut gültige inhaltliche Anforderungen an das Recht sind damit jedoch ebenfalls nicht verbunden.

In einem durch die Rechtssicherheit garantierten friedlichen Zusammenleben liegt für *Radbruch* der Geltungsgrund des Rechts.<sup>86</sup> Weil niemand rational erkennen

<sup>77</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 9 ff.

<sup>78</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 4 und 29 ff.

<sup>79</sup> In der Terminologie *Arthur Kaufmanns* können bei *Radbruch* Gerechtigkeit im weiteren und im engeren Sinne unterschieden werden, siehe *Arthur Kaufmann/v. der Pfordten*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 23 (80 ff.).

<sup>80</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 30 f.

<sup>81</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 31 f. und 50 ff.

<sup>82</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 50 ff.

<sup>83</sup> Zum Folgenden *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 70 ff.

<sup>84</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 70 f.; Hervorhebungen im Original.

<sup>85</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 71 ff.; vgl. *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, S. 12.

<sup>86</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 80 ff.

könne, was gerecht ist, müsse die Frage verbindlich entschieden werden, und zwar durch eine Stelle, die das, was entschieden wird, auch durchsetzen kann. Deshalb beansprucht auch bei *Radbruch* das Recht unabhängig von seinem Inhalt und allein aufgrund seiner Positivität Geltung.<sup>87</sup>

Die relativistische Haltung verwirktlicht sich auch in den Aussagen *Radbruchs* zum Verhältnis von Recht und Moral.<sup>88</sup> Moral sei Zweck und Grund der verpflichtenden Kraft des Rechts. Das Recht diene der Moral, indem es dem Einzelnen Freiheiten gewähre, innerhalb derer er seine moralischen Pflichten erfüllen könne.<sup>89</sup> Außerdem werde aufgrund der Moral der rechtliche Imperativ zu einem individuell verpflichtenden Sollen.<sup>90</sup> Allerdings bleibe es trotzdem bei der inhaltlichen Scheidung von Recht und Moral: Die Moral „signiert gleichsam durch Blankoakzept einen erst in einem anderen Normengebiet festzustellenden Pflichtgehalt.“<sup>91</sup> Recht und Gerechtigkeit werden laut *Radbruch* zwar zu moralischen Aufgaben, die Festlegung ihres Inhalts bleibe jedoch der Gesetzgebung überlassen.

## (2) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)

Im Jahr 1946 arbeitete *Radbruch* inhaltliche Grenzen der Rechtsgeltung und des Rechtsbegriffs heraus und bekannte sich zu Verbindungen zwischen Recht und Moral, die über das soeben Dargestellte hinaus gehen.<sup>92</sup> Die in jeder positiven Rechtsordnung verwirklichte Rechtssicherheit stelle eine Forderung der Gerechtigkeit im weiteren Sinne dar, weshalb ein Konflikt der Rechtssicherheit mit der Gerechtigkeit genau betrachtet ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst sei.<sup>93</sup> Dieser Konflikt sei so zu lösen, „dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“<sup>94</sup> Diese Unerträglichkeitsformel beschreibt die Grenzen der Rechtsgeltung. Anknüpfend an seinen Rechtsbegriff, wonach Recht diejenige Wirklichkeit ist,

<sup>87</sup> Dies gilt aber nur, sofern es sich noch um Recht im Sinne seines Rechtsbegriffs handelt. Hier liegt bereits ein Ansatz für die später entwickelte Verleugnungsformel, vgl. auch *Bäcker*, in: *Schuhr* (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, S. 33 (38).

<sup>88</sup> *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1932), S. 41 ff.

<sup>89</sup> *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1932), S. 44 f.

<sup>90</sup> *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1932), S. 43.

<sup>91</sup> *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1932), S. 44.

<sup>92</sup> *Radbruch*, *SJZ* 1 (1946), 105 (107 ff.). Ob dies als Umbruch in *Radbruchs* Denken verstanden werden kann, oder es sich lediglich um eine Weiterentwicklung seiner Vorkriegs-Aussagen handelt, ist bekanntlich streitig; dazu im Überblick *Arthur Kaufmann/v. der Pfordten*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S. 23 (80 ff.).

<sup>93</sup> *Radbruch*, *SJZ* 1 (1946), 105 (107). Hier lässt sich eine Verschiebung weg von einem formalen hin zu einem materialen Gerechtigkeitsbegriff erkennen, vgl. *Saliger*, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, S. 13 ff.; zur Relativismus-Problematik ebd., S. 24–31.

<sup>94</sup> *Radbruch*, *SJZ* 1 (1946), 105 (107).

die die Rechtsidee verwirklichen will, schreibt *Radbruch* weiter: „Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“<sup>95</sup> Diese Verleugnungsformel markiert die im Rechtsbegriff selbst angelegte Grenze des Rechts.<sup>96</sup> Werden diese Grenzen überschritten, handelt es sich laut *Radbruch* nicht mehr um verbindliches Recht, sondern um gesetzliches Unrecht oder Nicht-Recht. Jedenfalls ab 1946 vertritt er also einen nur noch bedingten Vorrang der Rechtssicherheit vor der Gerechtigkeit.<sup>97</sup>

### cc) Zwischenbemerkungen

*Kelsen* und *Radbruch* sind sich darin einig, dass, weil absolut und universell gültige Normen und Werte nicht rational beweisbar sind oder ihr Verhältnis zueinander offen ist, zum friedlichen Zusammenleben der Menschen eine einheitliche, verbindliche und damit Rechtssicherheit garantierende staatliche *Festsetzung* dessen, was rechtens ist, nötig ist. Diese Festsetzung ist im Grundsatz nicht an inhaltliche Vorgaben gebunden. Das positive Recht gilt nicht, weil es inhaltlich mit höheren Werten übereinstimmt, sondern weil es formell ordnungsgemäß gesetzt wurde und Rechtssicherheit garantiert. Die Unerträglichkeits- und Verleugnungsformel *Radbruchs* markieren Grenzen dieses Grundsatzes für extreme Konflikte zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit.

Eine relativistische und rechtspositivistische Grundhaltung führt also zu einer grundsätzlich unbeschränkten und originären Entscheidungsbefugnis des Staates über die relevanten Fragen des menschlichen Zusammenlebens. Weil er hierbei nicht an Moral- oder Gerechtigkeitsnormen gebunden ist, ist im Verhältnis zum Staat niemand berechtigt, diesen Entscheidungen unter dem Hinweis auf ihre tatsächliche oder vermeintliche Ungerechtigkeit die Gefolgschaft zu verweigern. Mangels rational beweisbarer außer-rechtlicher Werte kann der Einzelne auch im Verhältnis zu seinen Mitbürgern für seine politische, moralische usw. Haltung keine höhere Gültigkeit oder Verbindlichkeit in Anspruch nehmen als jeder andere. Daher sind Interessenskonflikte ohne staatliche Entscheidung nicht allgemein-verbindlich lösbar. Überträgt man dies auf den rechtfertigenden Notstand, mildert die Regelung des § 34 StGB das Problem zwar ab, indem bereits manche Vorgaben für die Entscheidung des Notstandskonflikts getroffen werden. Diese sind jedoch erstens noch immer vergleichsweise unbestimmt,<sup>98</sup> und zweitens läuft man Gefahr, mit der Tat bzw. ihrer Rechtfertigung *andernorts* getroffene Entscheidungen zu unterlaufen. Das vermeidet

<sup>95</sup> *Radbruch*, SJZ 1 (1946), 105 (107).

<sup>96</sup> Vgl. *Bäcker*, in: *Schuhr* (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, S. 33 (38).

<sup>97</sup> *Bäcker*, in: *Schuhr* (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, S. 33 (34); *Saliger*, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, S. 7 ff.

<sup>98</sup> Ähnlich *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 198 ff.

ein Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB.<sup>99</sup> Dieses Zwischenergebnis wird sich sogleich verfestigen.

*dd) Rawls und das Faktum eines vernünftigen Pluralismus*

Die Gedanken zum „Faktum eines vernünftigen Pluralismus“ bei *John Rawls* ergänzen diese Überlegungen. Bei *Rawls* geht es nicht um einen Werterelativismus wie bei *Kelsen* und *Radbruch*, sondern um Pluralismus im Sinne einer Vielzahl einander ausschließender religiöser, philosophischer oder moralischer Ansichten innerhalb einer Gesellschaft.<sup>100</sup>

*(1) A Theory of Justice (1971)*

In seiner „*Theory of Justice*“ aus dem Jahr 1971 beschäftigt sich *Rawls* nur indirekt mit diesem Phänomen. Im Rahmen einer idealen Theorie<sup>101</sup> denkt er über Gerechtigkeitsgrundsätze für die Grundstruktur einer Gesellschaft nach, auf die sich freie und gleiche Menschen in einer fairen Ausgangssituation einigen würden.<sup>102</sup> Welche Grundsätze er dabei im Einzelnen statuiert, ist an dieser Stelle zweitrangig.<sup>103</sup> Wichtiger ist *Rawls*' Vorgehensweise.<sup>104</sup> Seine Gerechtigkeitstheorie lasse sich, so *Rawls*, weder durch eine Erkenntnis oberster Grundsätze, aus denen sich ein System von Maßstäben und Vorschriften ergibt, noch auf Grundlage logischer Wahrheiten und einer Analyse moralischer Begriffe rechtfertigen.<sup>105</sup> Vielmehr leitet er die Gerechtigkeitsgrundsätze mithilfe des Gedankens einer hypothetischen Übereinkunft rationaler Parteien im Urzustand, in welchem bestimmte Informationsbeschränkungen zur Herstellung von Unparteilichkeit („Schleier des Nichtwissens“) gelten,<sup>106</sup> her. Im nächsten Schritt rechtfertigt er diese Grundsätze dadurch, dass sie mit den wohlüberlegten Urteilen der Menschen im Überlegungsgleichgewicht übereinstimmen.<sup>107</sup> Dabei sucht *Rawls* trotz der Möglichkeit von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Menschen nach dem Verbindenden: Er rechtfertigt seine Grundsätze, indem er

<sup>99</sup> Dies entspricht in der Herleitung all denjenigen Stimmen, die sich im Zusammenhang mit dem Vorrang staatlicher Verfahren mittelbar oder unmittelbar auf Rechtssicherheit berufen, vgl. etwa *Jakobs*, AT, 13/36.

<sup>100</sup> Zum Begriff *Rawls*, *Politischer Liberalismus*, S. 12 ff.

<sup>101</sup> Zur Unterscheidung zwischen idealer und nicht-idealer Theorie *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 277 ff.; siehe auch ebd., S. 429 zur Theorie der Gerechtigkeit als Idealmodell.

<sup>102</sup> Zu den Hauptgedanken *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 27–34.

<sup>103</sup> Für die Endfassung der beiden Gerechtigkeitsgrundsätze in der Theorie der Gerechtigkeit siehe *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 336 f.

<sup>104</sup> Die Vorgehensweise zusammenfassend *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 34–39; zum begründungstheoretischen Dualismus *Kersting*, *Gesellschaftsvertrag*, S. 282 ff.

<sup>105</sup> *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 70 f. und 626–628.

<sup>106</sup> Zum Urzustand und dem Schleier des Nichtwissens *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 34 ff., 140 ff., 159 ff.; vgl. auch *ders.*, *Politischer Liberalismus*, S. 89 ff. und 421 ff.

<sup>107</sup> Zu wohlüberlegten Urteilen und dem Überlegungsgleichgewicht *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 65–73; zu Verständnisschwierigkeiten *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 77 ff.

sie aus Voraussetzungen ableitet, denen alle Betroffenen ungeachtet ihrer Meinungsverschiedenheiten zustimmen.<sup>108</sup> Rawls geht hier zwar nicht von metaphysischen Grundsätzen, sondern nur von „vernünftigen Vorschlägen“<sup>109</sup> aus. Die von ihm ermittelten Normen gelten im Anschluss an ihre Herleitung allerdings universell und unabhängig von den Ansichten konkreter und realer Menschen in einer bestimmten politischen Kultur.<sup>110</sup> Wenngleich also der Erkenntnis einer unabhängigen Wertordnung eine Absage erteilt wird, unterscheidet sich Rawls im Ergebnis vom relativistischen Standpunkt des Rechtspositivismus.<sup>111</sup>

Diese Gerechtigkeitsgrundsätze stellen laut Rawls Bedingungen für den verfassungsgebenden und gesetzgebenden Prozess auf und fungieren als Maßstab zur Beurteilung der gesellschaftlichen Grundstruktur, der einzelnen Institutionen, konkreter Regelungen und der allgemeinen sozialen Verhältnisse.<sup>112</sup> Deshalb handle es sich bei der Rechtssetzung im verfassungs- bzw. gesetzgebenden Prozess um eine Form unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit.<sup>113</sup> Es existiere ein vom Verfahren unabhängiger Maßstab für die Beurteilung der Gerechtigkeit des Verfahrensergebnisses. Die Verfahren dienten zwar der Erzielung eines möglichst gerechten Ergebnisses, führten jedoch nicht mit Sicherheit zu einem solchen.<sup>114</sup> Universell gültige Normen aus der philosophischen Sphäre haben für Rawls also einen im Vergleich zu *Kelsen* und *Radbruch* stärkeren Einfluss auf die rechtliche Sphäre. Allerdings könne im Bereich der Verfassungs- und Gesetzgebung nicht immer eindeutig ermittelt werden, welche von mehreren denkbaren Verfassungen oder Regelungen gerecht ist, sondern es reiche aus, wenn sich die konkret gewählte Regelung innerhalb des aus Sicht der jeweils geltenden Bedingungen zulässigen Rahmens bewegt.<sup>115</sup> Uneindeutigkeit bei der Anwendung der Gerechtigkeitsgrundsätze führt laut Rawls also zu mehr oder weniger großen Spielräumen.<sup>116</sup> Damit rückt er wieder etwas näher an die Erkenntnisprobleme im Zusammenhang mit moralischen Normen bei *Kelsen* und *Radbruch* heran.

Die Einordnung der Rechtssetzung als Form unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit führt zur Frage nach der Verbindlichkeit ungerechten Rechts. Bzgl. *gerechter*

<sup>108</sup> Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 630.

<sup>109</sup> Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 627.

<sup>110</sup> *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 78 f. und 121 f.; anders *Rorty*, in: ders., *Solidarität oder Objektivität*, S. 82 (91); dazu aber *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 85; *ders.*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 122 mit Fn. 18.

<sup>111</sup> Zum Unterschied zwischen Rawls und dem Relativismus nach *Max Weber* und *Kelsen* siehe *Höffe*, in: ders. (Hrsg.), *John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 247 (255 f.); dort S. 261 f. auch zum Unterschied zwischen Rawls und dem Rechtspositivismus.

<sup>112</sup> Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 223 ff.; vgl. auch *ders.*, *Politischer Liberalismus*, S. 461 ff.

<sup>113</sup> Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 251 (zur Verfassung), 330 f. (zur Demokratie), 390 ff. (erneut zur Verfassung) und 392 ff. (zur Mehrheitsregel).

<sup>114</sup> Zu den verschiedenen Formen der Verfahrensgerechtigkeit Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 105–108; siehe auch *ders.*, *Politischer Liberalismus*, S. 149 f.

<sup>115</sup> Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 229.

<sup>116</sup> Vgl. auch Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 398 f.

Gesetze vereinbarten die Menschen im Urzustand eine unbedingte, d. h. nicht von einer freiwilligen Handlung abhängige, natürliche Pflicht zur Gerechtigkeit.<sup>117</sup> Daraus folge die Verbindlichkeit gerechter Gesetze. Die Verbindlichkeit *ungerechter* Gesetze dagegen hänge v. a. vom Maß der Ungerechtigkeit ab. Der Einzelne habe in einer Situation der Fast-Gerechtigkeit, d. h. dann, wenn die Grundsätze der Gesellschaft und ihre wesentlichen Institutionen einigermaßen gerecht sind,<sup>118</sup> die Pflicht, auch einem ungerechten Gesetz zu folgen.<sup>119</sup> Die Unterstützung einer gerechten Verfassung als notwendigerweise unvollkommenes Verfahren mit unvermeidlichen Mängeln sei besser, als auf die Vorteile einer wirksamen Gesetzgebung ganz zu verzichten. An der Stelle lässt sich eine Parallele zu *Radbruch* ziehen, dessen 1946 aufgestellte Formeln ebenfalls von der grundsätzlichen Verbindlichkeit auch ungerechten oder unzumutbaren Rechts ausgehen, weil irgendein Gesetz besser sei als kein Gesetz. Wie gesehen gilt dies bei *Radbruch* jedoch nicht mehr, wenn der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht hat.<sup>120</sup> Zwar scheint *Radbruch* höhere Anforderungen an die Unerträglichkeit zu stellen als *Rawls*; auch der Bezugspunkt der Ungerechtigkeit ist ein anderer (das konkrete Gesetz oder die Grundstruktur der Gesellschaft).<sup>121</sup> Gemeinsam ist beiden aber der Gedanke einer grundsätzlichen Gehorsampflicht, die aber nur bis zu einer bestimmten Schwelle der Ungerechtigkeit des Gesetzes bzw. der gesamten Gesellschaft reicht.

Freilich sieht *Rawls*, dass nicht nur die Frage der Gerechtigkeit eines konkreten Gesetzes umstritten sein kann, sondern in einer *wirklichen* Gesellschaft auch Meinungsverschiedenheiten über Gerechtigkeitsfragen als solche wahrscheinlich sind. Der *ideale* Umgang mit Meinungsverschiedenheiten wurde bereits beschrieben: Eine Gerechtigkeitsvorstellung wird dadurch gerechtfertigt, dass ihre Grundsätze aus Überlegungen abgeleitet werden, die auch das Gegenüber anerkennt.<sup>122</sup> Damit entsteht in einer wohlgeordneten Gesellschaft eine gemeinsame öffentliche Gerechtigkeitsvorstellung,<sup>123</sup> anhand derer sich einzelne staatliche Maßnahmen beurteilen lassen.<sup>124</sup> Auch wenn dies in einer *wirklichen* Gesellschaft nicht der Fall sein sollte, bestehe jedoch, so *Rawls*, zumindest bei fast-gerechten Verhältnissen noch die Möglichkeit, dass unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen sich im Einzelfall über-

<sup>117</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 135–139, 368–372 und 386.

<sup>118</sup> Zu unterscheiden ist zwischen der Gerechtigkeit einer konkreten Regel, einer Institution (als Regelsystem) und der Grundstruktur der Gesellschaft (als System von Institutionen), siehe *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 77–78. Eine Regel einer Institution kann ungerecht sein, ohne dass dadurch die Institution selbst ungerecht ist, und eine Institution kann ungerecht sein, ohne dass die ganze Grundstruktur ungerecht ist.

<sup>119</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 386–392.

<sup>120</sup> Siehe nochmals *Radbruch*, SJZ 1 (1946), 105 (107).

<sup>121</sup> *Radbruch* geht es um eine Korrektur einzelner Normen, nicht um eine Infragestellung des Rechtssystems als Ganzes, vgl. *Saliger*, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, S. 18.

<sup>122</sup> Siehe nochmals *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 630.

<sup>123</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 493 f.

<sup>124</sup> Vgl. zum zivilen Ungehorsam *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 420 ff.; zum Ungehorsam eines Beamten gegen demokratisch beschlossene, jedoch ungerechte Gesetze ebd., S. 330 f.

scheiden und zu ähnlichen Ergebnissen führen und Meinungsverschiedenheiten dadurch irrelevant sind.<sup>125</sup> Dass es auch zu einer solch punktuellen Übereinstimmung nicht mehr kommen kann, sondern die Gesellschaft sich in einzelne Lager spaltet, wird nur am Rande angesprochen.<sup>126</sup> Das erweckt den Anschein, als wären für Rawls pluralistische Tendenzen bzw. Meinungsverschiedenheiten Anzeichen nicht vollständig idealer Verhältnisse, während in einer wohlgeordneten Gesellschaft alle Bürger derselben Gerechtigkeitsvorstellung zustimmen.<sup>127</sup>

## (2) *Political Liberalism* (1993)

Diese Idee einer wohlgeordneten Gesellschaft hielt Rawls später für unrealistisch und sah sich dadurch zu verschiedenen Klarstellungen und Erweiterungen seiner Theorie in „*Political Liberalism*“ veranlasst.<sup>128</sup> In modernen demokratischen Gesellschaften bestehe, so Rawls jetzt, ein Pluralismus einander ausschließender umfassender religiöser, philosophischer und moralischer Lehren.<sup>129</sup> Anders als es in der „*Theory of Justice*“ scheint, sei dieses „Faktum eines vernünftigen Pluralismus“<sup>130</sup> keineswegs beklagenswert, sondern das Ergebnis des menschlichen Vernunftgebrauchs innerhalb freier Institutionen einer konstitutionellen Demokratie.<sup>131</sup> Dadurch sei jedoch fraglich, wie eine stabile und gerechte Gesellschaft trotz dieses vernünftigen Pluralismus dauerhaft bestehen kann.<sup>132</sup> Die Lösung hierzu liege in der Ausarbeitung einer politischen Gerechtigkeitskonzeption, die von den sich gegenseitig ausschließenden Lehren trotz ihrer Unterschiede bejaht werden kann, d. h. die den Fokus eines übergreifenden Konsenses all dieser Lehren und damit die Grundlage des gesellschaftlichen Zusammenhalts darstellt.<sup>133</sup>

Rawls unterscheidet also zwischen einer Vielzahl konträrer, aber vernünftiger umfassender religiöser, philosophischer oder moralischer Lehren auf der einen und

<sup>125</sup> Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 21 ff. und 426.

<sup>126</sup> Vgl. Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 426 f.

<sup>127</sup> Vgl. auch Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 487: verschiedene Vorstellungen vom Rechten sind nicht gut. Rawls' Reaktion auf solche Interpretationen ist, wie sogleich beschrieben wird, die Abhandlung „*Political Liberalism*“ von 1993. Für Nachweise zur Auslegung der „*Theory of Justice*“ als tendenziell unverträglich mit Meinungsverschiedenheiten in der Realität siehe die von Rawls in „*Political Liberalism*“ selbst zitierte Literatur (etwa in den beiden Einleitungen, Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 9 ff. und 33 ff.). Siehe auch Höffe, in: ders. (Hrsg.), *John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 1 (5): Rawls hat den Tiefenpluralismus moderner Gesellschaften unterschätzt.

<sup>128</sup> Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 12 f., 38 f. und 109. Zur mit der oben D. Fn. 92 erwähnten Diskussion bei *Radbruch* verwandten Frage, ob es sich bei „*Political Liberalism*“ um eine wesentliche Veränderung in Rawls' Denken handelt, siehe Höffe, *Gerechtigkeit denken*, S. 85 und passim.

<sup>129</sup> Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 12 f.; allgemein zur Kategorie der vernünftigen umfassenden Lehren Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 132–141.

<sup>130</sup> Zum Unterschied zwischen vernünftigem Pluralismus und Pluralismus als solchem siehe Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 106, 138 ff.

<sup>131</sup> Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 13, 22, 67, 106 f., 221 und 232.

<sup>132</sup> Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 14 und 22 f.

<sup>133</sup> Rawls, *Politischer Liberalismus*, S. 15 f., 39, 45, 74 ff. und 115 f.; allgemein zur Idee des übergreifenden Konsenses ebd., S. 231 ff.

einer politischen Gerechtigkeitskonzeption, die nicht Teil einer solchen Lehre ist oder aus ihr hergeleitet wird (sondern „freistehend“ ist)<sup>134</sup> und dadurch trotz des Pluralismus von allen bejaht werden kann, auf der anderen Seite.<sup>135</sup> Wenig überraschend sei die vernünftigste aller liberalen Gerechtigkeitskonzeptionen die in „A Theory of Justice“ ausgearbeitete politische Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness, die folglich Gegenstand des übergreifenden Konsenses werde.<sup>136</sup> Die so ermittelten Grundsätze seien erneut weder wahr (aber auch nicht zwingend unwahr)<sup>137</sup> noch metaphysisch,<sup>138</sup> und es handle sich auch nicht um die Erkenntnis einer unabhängigen moralischen Werteordnung.<sup>139</sup> Die Bürger könnten sich aufgrund des Pluralismus nämlich nicht auf eine Autorität verständigen, die ihnen unabhängige moralische Grundsätze auferlege.<sup>140</sup> Vielmehr gehe es abermals um Ergebnisse eines Konstruktionsverfahrens, in dem sich rationale Akteure unter vernünftigen Bedingungen auf bestimmte Grundsätze einigen,<sup>141</sup> und um eine Abstraktion aus den relevanten umfassenden Lehren.<sup>142</sup> Diese Vorgehensweise ist bereits aus der „Theory of Justice“ bekannt.

Für die vorliegende Arbeit kommt es noch auf zweierlei an: erstens auf die Frage, welche Ursachen das Faktum eines vernünftigen Pluralismus für Rawls hat (die „Bürden des Urteilens“), und zweitens auf die Konsequenzen des Pluralismus für die Legitimität politischer Machtausübung (das „liberale Legitimitätsprinzip“). Warum führen freie Institutionen zu einem vernünftigen Pluralismus und nicht zu einer Übereinstimmung unter den umfassenden Lehren?<sup>143</sup> Neben den Quellen *unvernünftiger* Meinungsverschiedenheiten, beispielsweise Vorurteile und Befangenheiten, Eigen- und Gruppeninteressen, Blindheit und Halsstarrigkeit, führt Rawls hier die „Bürden des Urteilens“ als Quellen *vernünftiger* Meinungsverschiedenheiten an, die in den Risiken des Vernunftgebrauchs im alltäglichen politischen Leben begründet seien: komplexe und schwer zu bewertende empirische oder wissenschaftliche Befunde, Uneinigkeit über deren Gewichtung, begriffliche Unbestimmtheiten, Prägungen des Einzelnen durch seine individuelle Lebenserfahrung, gegenläufige normative Erwägungen und umstrittene Priorisierungsfragen.<sup>144</sup> Die Differenzen in

<sup>134</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 40, 75 und 77 ff.,

<sup>135</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 11, 15 f., 40, 109 und 267 f.

<sup>136</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 46 und 230 f.; zur leicht veränderten Fassung der Gerechtigkeitsgrundsätze ebd., S. 69 f. und 406.

<sup>137</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 17, 212 ff. und 239 ff.; näher hierzu und zu den Problemen Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, S. 82 ff.

<sup>138</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 75.

<sup>139</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 170–175 und 196 f.

<sup>140</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 178–180.

<sup>141</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 170–175. Rawls wendet sich hier gegen den rationalen Intuitionismus und den moralischen Konstruktivismus; weiterführende Erläuterungen bei Brantl, in: Höffe (Hrsg.), John Rawls: Politischer Liberalismus, S. 79 ff.

<sup>142</sup> Rawls, Politischer Liberalismus, S. 72 f., 79 ff., 117 f. und 263 ff.

<sup>143</sup> Dazu Rawls, Politischer Liberalismus, S. 127–132.

<sup>144</sup> Die Liste an Bürden des Urteilens findet sich bei Rawls, Politischer Liberalismus, S. 130–131.

philosophischen, moralischen, religiösen usw. Fragen wurzeln für *Rawls* also v. a. in der Vielfalt individueller Merkmale der Menschen und der Komplexität der Welt. Damit erweitert er im Vergleich zu *Kelsen* und *Radbruch* das Spektrum der Ursachen für u. U. abweichende Ansichten über moralische Fragen: Es geht nicht mehr allein um die Erkenn- und Beweisbarkeit moralischer Normen. Zudem handelt es sich bei den Ursachen des Pluralismus um nichts Beklagenswertes, sondern sie stellen für *Rawls* das unvermeidliche Ergebnis des Vernunftgebrauchs in einem freiheitlichen Staat dar. Umfassende Übereinstimmung wäre hingegen nur durch gewaltsame Unterdrückung und Intoleranz zu erreichen.<sup>145</sup>

Was folgt daraus für die Legitimität politischer Machtausübung?<sup>146</sup> Die „Bürden des Urteilens“ treffen laut *Rawls* jedermann und führen zum Faktum des vernünftigen Pluralismus. Weil dies auch von jedermann anerkannt werde, gestehe jeder dem anderen zu, trotz abweichender Ansichten nicht unvernünftig zu sein. Dann wäre es allerdings unvernünftig, konträre Weltanschauungen gewaltsam zu unterdrücken. Eine solche Praxis sei nicht verallgemeinerbar: Es könne nicht jeder gleichzeitig seine Überzeugung anderen aufzwingen. Und da politische Macht in demokratischen Gesellschaften kollektive Macht aller Bürger sei,<sup>147</sup> habe auch niemand das Recht, die Staatsgewalt zu benutzen, um diejenigen, die anderer Meinung sind, zu erziehen oder bestrafen. Die „Bürden des Urteilens“ setzten dem, was anderen gegenüber gerechtfertigt werden kann, Grenzen in Form des „liberalen Legitimitätsprinzips“. Die Ausübung politischer Macht sei nur legitim, wenn sie in Übereinstimmung mit einer Verfassung erfolge, deren Inhalte erwarten lassen, dass alle Bürger ihr zustimmen. Und da dies hinsichtlich umfassender religiöser, philosophischer oder moralischer Lehren infolge des vernünftigen Pluralismus nicht der Fall sei, dürfe eine solche Lehre nicht mit Gewalt durchgesetzt oder unterdrückt werden. Das „Faktum eines vernünftigen Pluralismus“ führe also zu einer Beschränkung legitimer staatlicher Zwangsausübung. Politische Macht müsse in einer Weise ausgeübt werden, die erwarten lässt, dass die Bürger ihr unabhängig davon, welchen umfassenden Lehren sie anhängen, zustimmen.

### (3) Wozu *Rawls*?

Die vorliegende Arbeit folgt *Rawls* nur zum Teil und hält stattdessen stärker am relativistischen und rechtspositivistischen Grundansatz *Kelsens* und *Radbruchs* fest.<sup>148</sup> Dass sich *Rawls* vom rationalen Relativismus unterscheidet, wurde bereits deutlich. Wenngleich er seine Aussagen weder in der „Theory of Justice“ noch in „Political Liberalism“ als Erkenntnis oberster Werteordnungen darstellt, haben die Grund-

<sup>145</sup> Zum „Faktum der Unterdrückung“ *Rawls*, Politischer Liberalismus, S. 107 f.

<sup>146</sup> Zum Folgenden *Rawls*, Politischer Liberalismus, S. 42 ff., 134 ff., 223 ff., 317 ff. und 326.

<sup>147</sup> *Rawls*, Politischer Liberalismus, S. 143 f., 222 und 317.

<sup>148</sup> Dass das Solidaritätsmodell für § 34 StGB mithilfe des Schleiers des Nichtwissens legitimiert wurde (oben C.II.2.f), S. 137 ff.), bleibt davon unberührt. Vorliegend geht es um die Entscheidungskompetenz des Staates.

sätze, die er herleitet, doch eine ähnlich universelle und absolute Geltung<sup>149</sup> und legen dem Rechtssetzungsvorgang inhaltliche Beschränkungen auf. Staatliche Entscheidungen realisieren nur die bereits feststehenden Grundsätze der Gerechtigkeitskonzeption<sup>150</sup> oder füllen Spielräume aufgrund struktureller Unbestimmtheit dieser Konzeption aus.<sup>151</sup> Eine mit *Kelsen* und *Radbruch* vergleichbar starke staatliche Entscheidungskompetenz lässt sich mit *Rawls* nicht begründen. *Kelsen* und *Radbruch* zeigten jedoch, dass solche staatlichen Entscheidungsbefugnisse u. a. eine Frage der Rechtssicherheit als institutionelle Dimension des Rechts sind, und diese Dimension vernachlässigt *Rawls*.<sup>152</sup>

Dieser Einwand lässt sich demokratietheoretisch untermauern.<sup>153</sup> *Rawls* ermittelt universell gültige Grundsätze einer idealen Theorie, die die demokratische Rechtssetzung binden und den Bürger vom *politisch* autonomen Teilnehmer am Prozess der politischen Selbstbestimmung zum unbeteiligten (nur *moralisch* autonomen) Beobachter staatlicher Rechtsakte degradieren. Die wesentlichen inhaltlichen Weichenstellungen für die Kooperation freier und gleicher Menschen in einer Gesellschaft werden bei *Rawls* nicht im demokratischen Prozess, sondern unter dem Schleier des Nichtwissens im Urzustand vorgenommen.<sup>154</sup> Dieser Schleier hebt sich zwar nach und nach im Rechtsverwirklichungsprozess,<sup>155</sup> doch sind die Bürger dabei immer „tiefer verstrickt in die Hierarchie einer über ihre Köpfe hinweg schrittweise bereits institutionalisierten Ordnung.“<sup>156</sup> Dadurch ist der öffentliche Vernunftgebrauch realer Bürger nicht mehr Ausübung politischer Autonomie, sondern rückt in die Nähe eines Mittels zur Sicherung der Akzeptanz bereits feststehender Ergebnisse.<sup>157</sup> Im nächsten Unterabschnitt wird sich ergeben, dass das hier vertretene Demokratieverständnis ein anderes ist, und das wirkt auf die rechtstheoretische Ebene zurück.

<sup>149</sup> Daran ändert auch das Faktum eines vernünftigen Pluralismus nichts, denn noch immer ist es die politische Konzeption der Gerechtigkeit als Fairness, die als die beste Gerechtigkeitskonzeption universelle Geltung beansprucht; siehe auch *Hinsch*, in: Höffe (Hrsg.), *John Rawls: Politischer Liberalismus*, S. 29 (30 ff.).

<sup>150</sup> Insbesondere die Grundfreiheiten, vgl. *Rawls*, *Politischer Liberalismus*, S. 413 ff. und 461 f.

<sup>151</sup> *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 229.

<sup>152</sup> Vgl. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 88.

<sup>153</sup> Zum Folgenden auch *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 87 ff.; *Maus*, in: Höffe (Hrsg.), *John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 65 (80–87). Abweichend hiervon will *Richard Rorty* zeigen, dass *Rawls* nachgewiesen hat, wie eine Demokratie ohne philosophische Voraussetzungen auskommen kann (*Rorty*, in: ders., *Solidarität oder Objektivität*, S. 82 (88)), und dass nach *Rawls* die demokratische Politik an erster Stelle und die Philosophie an zweiter komme (a. a. O., S. 104). *Rorty* verkennt dabei aber, dass die Gerechtigkeitsgrundsätze ebenfalls philosophische Voraussetzungen sind, die die demokratische Rechtssetzung einschränken. *Rorty* definiert „Philosophie“ zu eng und spart Gerechtigkeitsfragen aus, vgl. a. a. O., S. 93.

<sup>154</sup> *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 90.

<sup>155</sup> *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 224 ff.

<sup>156</sup> *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 89.

<sup>157</sup> Vgl. *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 90. Man denke an *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 27 ff.

Außerdem verfolgt die Suche nach einem Konsens trotz Anerkennung des „Faktums eines vernünftigen Pluralismus“ ein unrealistisches Ziel.<sup>158</sup> Dass sich in Fragen der politischen Gerechtigkeit eine breite gesellschaftliche Übereinstimmung über vergleichsweise detaillierte Grundsätze erzielen lässt, ist unwahrscheinlich.<sup>159</sup> Im Gegenteil weist *Wolfgang Kersting* darauf hin, dass ein moderner politischer Liberalismus sich nicht in Konsenssuche, sondern in „Dissensmanagement“ zu üben habe.<sup>160</sup> Und dieses Dissensmanagement übernimmt wiederum v.a. der demokratische Diskurs.

Trotz dieser Einwände lassen sich einige Ergebnisse der rawlsschen Theorie auch für hiesige Zwecke fruchtbar machen. Erstens ist die in „Political Liberalism“ zum Ausdruck kommende positive Haltung zum Pluralismus hervorzuheben. Meinungsverschiedenheiten über religiöse, philosophische oder moralische Fragen sind für *Rawls* kein Übel und auch nicht allein in Erkenntnisschwierigkeiten begründet, sondern eine Folge der Verschiedenheit der Menschen und des Vernunftgebrauchs innerhalb freier Institutionen. *Rawls* geht dabei jedoch nicht weit genug: Auch in Fragen der *politischen Gerechtigkeit* besteht eine Vielfalt konträrer Auffassungen. Deshalb ist die Suche nach einem übergreifenden Konsens auch hier meist unergiebig. Abgesehen davon wird der Begründung des Pluralismus durch die „Bürden des Urteilens“ vorliegend jedoch gefolgt.

Zweitens spielt das „liberale Legitimationsprinzip“ in einer schwächeren Fassung eine wichtige Rolle in dieser Arbeit. Der Gedanke, dass der eine Bürger seine politische, moralische, religiöse usw. Ansicht dem anderen nicht aufzwingen darf, weil dessen abweichende Haltung genauso vernünftig ist wie die eigene, formuliert eine bereits angestellte Überlegung nochmals neu: Wenn letztverbindliche moralische Normen nicht rational bewiesen werden können, kann niemand für seine Ansicht eine höhere Verbindlichkeit in Anspruch nehmen als sein Gegenüber. Folglich hat der Einzelne kein Recht, über andere zu entscheiden oder diesen seine Entscheidung aufzuzwingen, und der Staat darf ein solches Verhalten nicht rechtfertigen und dem Opfer damit eine Duldungspflicht auferlegen.<sup>161</sup>

Drittens schließlich liefert *Rawls* mit seinem Umgang mit Meinungsverschiedenheiten eine Methode, mit deren Hilfe trotz des Pluralismus und ohne universell gültige Gerechtigkeitsgrundsätze über Fragen politischer Gerechtigkeit o. ä. diskutiert werden kann. Man sucht zwar nicht nach einem übergreifenden Konsens in allen Belangen, aber in Einzelfragen nach von der Mehrheit der Diskussionsteilnehmer geteilten Prämissen und stellt seine Argumente als schlüssige Folgerungen dieser ge-

<sup>158</sup> Zum Folgenden *Kersting*, John Rawls zur Einführung, S. 168–171.

<sup>159</sup> Zur hiermit verwandten Debatte um die Folgen gesellschaftlicher Fragmentierung für die Strafrechtstheorie etwa *Kubiciel*, FS Merkel, Teilband 1, S. 529 ff.; der Einwand gilt unabhängig davon, ob es sich um einen wirklichen oder nur einen auf vernünftiger Einsicht beruhenden Konsens handelt, siehe dazu *Hinsch*, in: Höffe (Hrsg.), John Rawls: Politischer Liberalismus, S. 29 (34).

<sup>160</sup> *Kersting*, John Rawls zur Einführung, S. 169 und passim.

<sup>161</sup> Aus diesem Grund überzeugen die Bedenken *Greco*s nicht, siehe *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie, S. 160.

meinsamen Annahmen dar.<sup>162</sup> Ein solches Vorgehen ermöglicht eine vernünftige Diskussion trotz pluralistischer bzw. relativistischer Grundhaltung<sup>163</sup> und hält dazu an, solche Prämissen zu vertreten, die sich zwar womöglich keiner umfassenden, aber doch einer möglichst breiten Zustimmung sicher sind.<sup>164</sup>

Insgesamt lassen sich also manche Ergebnisse der rawlsschen Theorie in abgeschwächter – sozusagen „relativistisch bereinigter“ – Form für die vorliegende Arbeit fruchtbar machen. Auch mit Blick auf die beschriebenen Gemeinsamkeiten zwischen *Rawls* auf der einen und *Kelsen* und *Radbruch* auf der anderen Seite dürften die hier von einem rational-relativistischen Standpunkt aus erzielten Ergebnisse daher auch für jene anschlussfähig sein, die die relativistische Prämisse dieser Arbeit nicht teilen.

### ee) Schlussfolgerungen

Eine relativistische und rechtspositivistische Grundhaltung ist der erste Schritt zu einem Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB. Interessenskonflikte lassen sich nur mithilfe staatlicher Entscheidungen lösen, deren Verbindlichkeit wiederum nicht von ihrer Übereinstimmung mit moralischen Normen abhängt. Die Meinung des einen ist nicht mit höherer Verbindlichkeit oder Vernünftigkeit ausgestattet als die eines anderen und darf diesem daher nicht aufgezwungen werden. Das vermeidet ein Vorrang staatlicher Entscheidungen beim rechtfertigenden Notstand. Insgesamt findet die einleitend beschriebene Hypothese, der Notstandstäter laufe Gefahr zum Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker in eigener Sache zu werden (oben 2., S. 212 ff.), damit eine erste (teilweise) Bestätigung. Jedenfalls der Umstand, dass der Täter mithilfe des § 34 StGB zum individuellen Gesetzgeber über andere wird, ist offenbar problematisch. Darin zeigen sich die Erkenntnis- und Entscheidungsprobleme im Naturzustand in neuer Gestalt. Ein Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB behebt diese Probleme.

### c) Rechtsstaatliche Demokratie des Grundgesetzes

Das soeben festgestellte Erfordernis einheitlicher und rechtssicherer Entscheidungen besteht in jeder Form menschlichen Zusammenlebens im Staat. Fraglich ist jedoch, von wem, auf welche Art und Weise und innerhalb welcher Grenzen diese Entscheidungen in der rechtsstaatlichen Demokratie des GG getroffen werden. Die Antworten hierauf ergänzen den rechtstheoretisch fundierten Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB um demokratietheoretische und verfassungsrechtliche Gründe.

<sup>162</sup> Siehe nochmals *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 630. Das ist freilich keine „Erfindung“ *Rawls*’, siehe z. B. auch *Habermas*, in: ders., *Wahrheit und Rechtfertigung*, S. 299 (330).

<sup>163</sup> Vgl. auch *Rawls*, *Politischer Liberalismus*, S. 17 f. zum übergreifenden Konsens.

<sup>164</sup> Vgl. auch *Aariano*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 409 (418 ff.) im Zusammenhang mit der „One-right-answer-thesis“ (dazu unten D.III.2.a)aa), S. 304 ff.). Das begründet z. B. die Ablehnung kollektivistischer und etatistischer Ansätze in dieser Arbeit.

## aa) Demokratie, Mehrheitsregel, demokratische Legitimation

Der Begriff der Demokratie ist vielgestaltig.<sup>165</sup> Die folgenden Überlegungen orientieren sich am Rechtsbegriff der Demokratie des GG.<sup>166</sup> Demokratie meint das Prinzip der Selbstregierung der Bürger.<sup>167</sup> In einer demokratischen Ordnung ist politische Herrschaft so organisiert, dass sich die Einrichtung und Ausübung der Staatsgewalt vom Willen des Volkes herleitet und auf ihn zurückgeführt werden kann.<sup>168</sup> Kern des Demokratieprinzips ist also das Prinzip der Volkssouveränität,<sup>169</sup> dem wiederum die Idee der freien Selbstbestimmung aller Bürger zugrunde liegt.<sup>170</sup> „Die der Herrschaftsordnung Unterworfenen sollen zugleich deren Schöpfer sein.“<sup>171</sup> Der Bürger soll nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt sein, die er auch legitimieren und beeinflussen kann.<sup>172</sup> Der Gedanke der freien Selbstbestimmung wendet sich dabei nicht nur gegen Fremdbestimmung von außen durch Nicht-Mitglieder einer Gruppe, sondern auch gegen Fremdbestimmung durch andere Mitglieder der eigenen Gruppe. Damit nicht der eine Bürger über den anderen bestimmt, tritt neben die Idee der Freiheit die der Gleichheit aller Bürger.<sup>173</sup> Mit *Kelsen* kann Demokratie also als Synthese von Freiheit und Gleichheit angesehen werden.<sup>174</sup> Hieraus ergibt sich ein „uneinholbare[r] Legitimationsvorsprung“<sup>175</sup> der Demokratie gegenüber anderen Herrschaftsordnungen.<sup>176</sup> Daneben wohnt der Demokratie auch ein intrinsischer Wert inne: Sie ist diejenige Herrschaftsform, die ein menschliches Zusammenleben ermöglicht, aber trotzdem den Eigenwert des Menschen anerkennt und ihn um seiner selbst willen achtet.<sup>177</sup> Die Verfahrensregeln der Demokratie drücken den Status des

<sup>165</sup> Überblick zu den Demokratietheorien z.B. bei *Cheneval*, *Demokratietheorien zur Einführung*, 2015.

<sup>166</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 127; *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 122–127; ebenso v. Münch/Kunig/Kotzur, Art. 20 Rn. 45.

<sup>167</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 II Rn. 2.

<sup>168</sup> *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 1.

<sup>169</sup> *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 129.

<sup>170</sup> BVerfGE 2, 1 (12 f.); 44, 125 (142); 123, 267 (341 ff.); *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 3 und 35 ff.; *Dreier/Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 1 und 61; *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (342); *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 2; *Höffe*, *Kritik der Freiheit*, S. 241 ff.; v. Münch/Kunig/Kotzur, Art. 20 Rn. 43 und 50 ff.; vgl. auch *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 89 ff.; kritisch *Horn*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 22 Rn. 46–54 (mit anderem Ansatz Rn. 55 ff.).

<sup>171</sup> *Dreier/Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 1.

<sup>172</sup> So etwa BVerfGE 142, 123 (191); 151, 202 (285).

<sup>173</sup> *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechungen*, S. 15 f.; vgl. auch *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 41 ff.; *Dreier/Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 61; *Horn*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 22 Rn. 59; v. Münch/Kunig/Kotzur, Art. 20 Rn. 53 ff.; ähnlich *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 97–105.

<sup>174</sup> *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, S. 4; vgl. auch *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechungen*, S. 16; *Sachs/Sachs*, Art. 20 Rn. 16.

<sup>175</sup> *Höffe*, *Kritik der Freiheit*, S. 241.

<sup>176</sup> Zu einer instrumentellen Rechtfertigung der Demokratie auch *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 83–96.

<sup>177</sup> *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechungen*, S. 17; vgl. etwa auch BVerfGE 123, 267 (341); 142, 123 (189 f.); 151, 202 (285).

Menschen als autonomes und gleichberechtigtes Subjekt aus und sind deshalb intrinsisch wertvoll.<sup>178</sup> Demokratie ist, so *Peter Häberle*, die organisatorische Konsequenz der Menschenwürde.<sup>179</sup>

Entscheidungsregel in der Demokratie ist das Mehrheitsprinzip.<sup>180</sup> In seiner Reinform ist diejenige Option gewählt, die die meisten der Stimmen auf sich vereinigt (einfache Mehrheit). Aus der Idee freier Selbstgesetzgebung scheint zwar das Erfordernis einer positiven Zustimmung jedes Einzelnen zu jeder Entscheidung zu folgen. Bei Geltung des Einstimmigkeitserfordernisses würden Entscheidungen in größeren Gesellschaften aber unmöglich, weshalb das Mehrheitsprinzip die Idee freier Selbstbestimmung mit der Notwendigkeit verbindlicher Entscheidungen zu einem bestmöglichen Ausgleich bringt: Wenn nicht der Willen aller, so soll doch der Willen der meisten zur Geltung kommen.<sup>181</sup> Das Mehrheitsprinzip gewährleistet mithin so viel Autonomie und so wenig Heteronomie wie möglich.<sup>182</sup> Zugleich führte das Einstimmigkeitserfordernis über die damit verbundene Vetoposition Einzelner oder einer Minderheit zur Minderheitendiktatur, d. h. dazu, dass der Minderheit ein höheres Gewicht eingeräumt würde als der Mehrheit, und damit zu Spannungen mit der Idee der Gleichheit. Nur unter Geltung des Mehrheitsprinzips kommt jeder Stimme dasselbe Gewicht zu.<sup>183</sup> Das Mehrheitsprinzip stellt sich daher als bestmögliche Verwirklichung der Ideen von Freiheit und Gleichheit bei praktischer Entscheidungsnotwendigkeit dar.<sup>184</sup>

Damit ist zugleich die legitimierende Wirkung des demokratischen Verfahrens angesprochen.<sup>185</sup> Gegenüber der Mehrheit braucht eine konkrete Mehrheitsentscheidung nicht besonders legitimiert zu werden. Problematisch ist die Legitimation dieser Entscheidung gegenüber der dissentierenden Minderheit. Neben einem Freiheitsargument – immerhin verwirklicht das Mehrheitsprinzip die „Autonomie der

<sup>178</sup> Vgl. auch *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 163–175; *Griffin*, *The Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 111 (117 ff.).

<sup>179</sup> *Häberle*, in: *HStR* II, § 24 Rn. 67; ebenso v. Münch/Kunig/Kotzur, Art. 20 Rn. 48.

<sup>180</sup> *BVerfGE* 2, 1 (12 f.); 44, 125 (141); 112, 118 (140 f.); 123, 267 (341 f.); 142, 123 (189); 151, 202 (285). Freilich muss umgekehrt das Mehrheitsprinzip nicht nur in demokratischen Ordnungen gelten, vgl. *Scheuner*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, S. 10, 13 ff.

<sup>181</sup> *Dreier/Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 69; *ders.*, *ZParl* 17 (1986), 94 (104 f.); *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 42; *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Rn. 142; *Hillgruber*, *AöR* 127 (2002), 460 (462 f.); *Krüper*, *ZJS* 2009, 477 (478); *Morlok/Michael*, *Staatsorganisationsrecht*, § 5 Rn. 163; *Sachs/Sachs*, Art. 20 Rn. 21; vgl. auch *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 138; *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, S. 8 f. und 55; *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 254.

<sup>182</sup> *Hillgruber*, *AöR* 127 (2002), 460 (463).

<sup>183</sup> *Böckenförde*, in: *HStR* II, § 24 Rn. 41 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 42; *Hillgruber*, *AöR* 127 (2002), 460 (463).

<sup>184</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 41; weitere Gründe für das Mehrheitsprinzip bei *Morlok/Michael*, *Staatsorganisationsrecht*, § 5 Rn. 163–171.

<sup>185</sup> Dazu im Überblick *Cheneval*, *Demokratietheorien zur Einführung*, S. 72–78; historische Hinweise bei *Dreier*, *ZParl* 17 (1986), 94 (94 ff., 104 ff.).

größten Zahl“,<sup>186</sup> und jeder hat die Möglichkeit, zur Mehrheit zu gehören – greift v. a. ein prozedurales Argument.<sup>187</sup> Aufgrund der Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Entscheidung durch Teilnahme am demokratischen Verfahren ist die Entscheidung auch gegenüber denjenigen, die ihr im konkreten Fall nicht zugestimmt haben, legitimiert, sofern das Verfahren die Ideen von Freiheit und Gleichheit der Teilnehmer verwirklicht.<sup>188</sup> Wer sich an dem Verfahren beteiligt, muss schon im Voraus das Ergebnis anerkennen und nicht erst, wenn es zu seinen Gunsten ausgefallen ist.<sup>189</sup> Und infolge der *allgemeinen* Zustimmung zur politischen Ordnung inklusive des demokratischen Verfahrens gilt dies auch bzgl. derer, die am konkreten Verfahren tatsächlich nicht teilgenommen haben.<sup>190</sup>

Eine so getroffene Entscheidung ist allein aufgrund des demokratischen Prozesses, aus dem sie hervorgegangen ist, hinreichend legitim. Auf eine Übereinstimmung des Ergebnisses mit moralischen Normen o. ä. kommt es dagegen nicht an.<sup>191</sup> Die Übereinstimmung oder Nicht-Übereinstimmung mit höheren Werten ist zwar eine mögliche Quelle *zusätzlicher* Legitimation oder Kritik der Entscheidung (dazu sogleich), tut jedoch ihrer *demokratischen* Legitimation und Verbindlichkeit für alle Betroffenen, die sich durch den demokratischen Prozess zugleich als Autoren der Entscheidung ansehen können, keinen Abbruch.

#### *bb) Relativismus und Demokratie*

##### *(1) Relativismus als Voraussetzung der Demokratie; prozedurales und nicht ergebnisbezogenes Verständnis*

Wenn zur Legitimation einer Entscheidung allein auf das diese Entscheidung hervorbringende demokratische Verfahren, nicht aber auf die Übereinstimmung der Entscheidung mit höheren Normen abgestellt wird, liegt dem ein prozedurales und rein formales Demokratieverständnis und eine Verbindung zwischen Wertrelativis-

<sup>186</sup> Dreier, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 (27).

<sup>187</sup> Prozedurales Argument, jedoch v. a. mit Blick auf die Revisibilität der Entscheidung auch bei Dreier/Dreier, Art. 20 (Demokratie), Rn. 70; *ders.*, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 (28); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 143; vgl. auch Lepsius, Der Staat 52 (2013), 157 (176).

<sup>188</sup> Zur „Legitimationskraft der diskursiven Meinungs- und Willensbildung“ Habermas, Faktizität und Geltung, S. 134 und passim; siehe auch ebd., S. 662: „Die einzige nachmetaphysische Quelle der Legitimität bildet offensichtlich das demokratische Verfahren der Rechtserzeugung.“; aktuell auch *ders.*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 97–100. Anders als von Habermas wird vorliegend aber ein nicht-ergebnisbezogenes Verständnis von Demokratie vertreten, siehe sogleich D.II.3.c)bb).

<sup>189</sup> Ähnlich Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, S. 223: Nichtanerkennung des Ergebnisses als widersprüchliches Verhalten.

<sup>190</sup> Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechungen, S. 21.

<sup>191</sup> Dreier/Dreier, Art. 20 (Demokratie), Rn. 61; *ders.*, ZParl 17 (1986), 94 (105); Krüper, ZJS 2009, 477 (479).

mus und Demokratie zugrunde.<sup>192</sup> Mit *Radbruch* lässt sich sagen: „Relativismus ist die gedankliche Voraussetzung der Demokratie.“<sup>193</sup>

Weil keine Auffassung rational beweisbar, aber auch keine Ansicht rational widerlegbar ist, Werturteile also keine objektive Gültigkeit für sich beanspruchen können,<sup>194</sup> ist jede Auffassung, die fähig ist, sich eine Mehrheit zu verschaffen, zur „Führung des Staates“ berechtigt.<sup>195</sup> Die Minderheit ist in der Demokratie jedoch weder im Irrtum noch im Unrecht, sondern abweichende Meinungen werden zugelassen, geschützt und sogar vorausgesetzt: ohne Minderheit keine Mehrheit.<sup>196</sup> Damit muss jeder eine andere Ansicht zumindest für möglich halten, und es entsteht ein Wettbewerb gleichberechtigter Meinungen.<sup>197</sup> Eine demokratische Entscheidung ist also keine Erkenntnis absolut gültiger Normen, sondern Ergebnis eines Prozesses, der Selbstbestimmung und gleiche Freiheit aller garantiert. Der Verlust an unverrückbarer Sicherheit durch objektiv erkennbare und allgemein gültige Normen wird durch das demokratische Verfahren ausgeglichen.<sup>198</sup> Demokratie vereinbart das „Faktum des Pluralismus“ mit der Notwendigkeit verbindlicher staatlicher Entscheidungen.<sup>199</sup> Relativismus ist dabei kein (notwendiges) Übel, sondern ein Garant der Freiheit.<sup>200</sup> Er befähigt (und verpflichtet) den Einzelnen zur eigenverantwortlichen Stellungnahme, ohne einer unabhängig von seiner individuellen Haltung oder der Entscheidung des Staates bestehenden Autorität – und sei es in Form universell gültiger Gerechtigkeitsgrundsätze – unterworfen zu sein.<sup>201</sup> Man akzeptiert demokratische Entscheidungen außerdem gerade deshalb, weil man sie nicht zugleich für richtig halten muss, sondern sie auch wieder ändern kann.<sup>202</sup> „Wegen des Relativismus dürfen wir der Demokratie vertrauen.“<sup>203</sup>

<sup>192</sup> Siehe etwa *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 98 ff.; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), Vorwort; vgl. auch *Badura*, in: HStR II, § 25 Rn. 31; *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 56; *Dreier*, ZParl 17 (1986), 94 (104 ff.); *ders.*, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 ff.; *Gärdtitz*, Der Staat 49 (2010), 331 (343); *Gusy*, AöR 106 (1981), 329 (334 f., 338 ff.); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 143; *Krüper*, ZJS 2009, 477 (479); *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (170); *Scheuner*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, S. 57 ff.; ebenso BVerfGE 5, 85 (197 ff., 224 ff.).

<sup>193</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), Vorwort.

<sup>194</sup> *Dreier*, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 (18).

<sup>195</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), Vorwort.

<sup>196</sup> *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 103.

<sup>197</sup> *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (169 f.).

<sup>198</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 147 ff.

<sup>199</sup> *Dreier*, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 (25 ff.).

<sup>200</sup> *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (170).

<sup>201</sup> *Dreier*, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 (21); ähnlich *Rorty*, in: *ders.*, Wahrheit und Fortschritt, S. 241 (263); vgl. auch *Gärdtitz*, Der Staat 49 (2010), 331 (343 f.) mit dem Hinweis, dass absolut gesetzte „Wahrheitsansprüche die Wurzel des Totalitären in sich tragen.“

<sup>202</sup> *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 76; zur Revisibilität auch oben D. Fn. 187.

<sup>203</sup> *Lepsius*, Der Staat 52 (2013), 157 (170).

Eine wichtige Konsequenz hieraus ist, dass Demokratie in theoretischer Hinsicht<sup>204</sup> nicht ergebnisbezogen, sondern rein prozedural verstanden werden muss.<sup>205</sup> Während *Rawls* die demokratische Rechtssetzung als Form unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit einordnet und das demokratische Verfahren daher nur als den am besten geeigneten Weg, ein nach unabhängig von dem Verfahren bestehenden Maßstäben gerechtes Ergebnis zu erzielen, ansieht,<sup>206</sup> oder für *Jean-Jacques Rousseau* die Mehrheitsregel den Blick auf das objektiv Wahre, Richtige, Gerechte und den Gemeinwillen ermöglicht<sup>207</sup> und sich die Minderheit im Irrtum befindet und der Verwirklichung der Vernunft im Weg steht,<sup>208</sup> ist das demokratische Verfahren nach hier vertretenen Ansicht gegen alle inhaltlichen Anforderungen an sein Ergebnis gefeit.<sup>209</sup> Stehen die richtigen Ergebnisse eines demokratischen Verfahrens bereits unabhängig von diesem fest (und befindet man sich als „Experte“ in der glücklichen Situation, diese auch zu kennen), braucht man das Verfahren nicht mehr durchzuführen. Vielmehr sollte womöglich besser auf das Risiko demokratischer Entscheidungsfindung verzichtet werden, weil diese auch zu falschen Ergebnissen führen könnte.<sup>210</sup> Ohne Relativismus wird Demokratie zur Farce. Im Ergebnis ist sowohl

<sup>204</sup> Mögliche verfassungsrechtliche Vorgaben an das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens bleiben vorerst außer Betracht.

<sup>205</sup> Dazu die Debattenbeiträge von *Griffin*, *The Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 111 ff. einerseits und *Arneson*, *The Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 122 ff. andererseits.

<sup>206</sup> *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 330 f. und 392 ff. Diese Einordnung *Rawls*' scheint seinem eigenen Ansatz, nach dem die Grundsätze der Gerechtigkeit im Urzustand das Ergebnis einer Prozedur, die *reine* Verfahrensgerechtigkeit verwirklicht, sind (*Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 142 und 159), zu widersprechen. Wird dann nicht im demokratischen Verfahren nur ein Ergebnis erstrebt, das mit dem Ergebnis *reiner Verfahrensgerechtigkeit* im Urzustand übereinstimmt, d. h. letztlich ebenfalls wieder rein prozedural legitimiert ist? Sieht man genauer hin, handelt es sich bei *Rawls*' Konzept aber nicht um eine rein prozedurale Theorie (zum Folgenden auch *Habermas*, *Die Einbeziehung des Anderen*, S. 74–77). Die Beschränkungen durch den Schleier des Nichtwissens stellen bereits *inhaltliche* Weichenstellungen dar, die die Verhandlungen im Urzustand anleiten. Wenn sich die Beschränkungen auf alle Tatsachen, die moralisch irrelevant sind und keine guten Gründe für die eine oder andere Gerechtigkeitskonzeption darstellen, beziehen sollen (*Rawls*, *Politischer Liberalismus*, S. 91), muss zuvor bereits festgelegt worden sein, was ein moralisch guter Grund ist und was nicht. Es entscheiden also nicht die Parteien im Urzustand, sondern es entscheidet der Philosoph beim Design desselben darüber, welche Grundsätze ermittelt werden. Damit verabschiedet man sich von einer rein prozeduralen Gerechtigkeitsvorstellung und bleibt „auf starke substantielle Grundannahmen angewiesen“ (*Habermas*, a. a. O., S. 87).

<sup>207</sup> Dargestellt bei *Krüper*, *ZJS* 2009, 477 (479).

<sup>208</sup> Dargestellt bei *Gusy*, *AöR* 106 (1981), 329 (340 f.); vgl. auch *Scheuner*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, S. 43 f.

<sup>209</sup> Ähnlich *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 163 ff.; *Griffin*, *The Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 111 (117 ff.). Für einen nicht-ergebnisbezogenen, rein prozeduralen Demokratiebegriff auch *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331 (343 ff.); *ders.*, *Staat und Strafrechtspflege*, S. 44; ähnlich *Hoffmann*, *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 234; a. A. etwa *Coca-Vila*, in: *Staffler et al.* (Hrsg.), *Strafrecht und Demokratie*, S. 79 (97 f.); *Horn*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 22 Rn. 6.

<sup>210</sup> *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 163, 173 f., 180 ff.; *Cheneval*, *Demokratiethorien zur Einführung*, S. 39.

Demokratie die natürliche Folge des Werterelativismus als auch der Relativismus die Voraussetzung dafür, dass ein demokratisches Verfahren überhaupt Sinn ergibt.<sup>211</sup>

Damit ist eine Diskussion über Werte und deren Verwirklichung oder Verletzung durch ein konkretes Ergebnis eines demokratischen Verfahrens nicht ausgeschlossen.<sup>212</sup> Werterelativismus ist nicht Wertenhilismus.<sup>213</sup> Relativismus „bedeutet Verzicht auf die wissenschaftliche Begründung letzter Stellungnahmen, nicht Verzicht auf die Stellungnahme selbst.“<sup>214</sup> Abzulehnen ist allein der Anspruch sowohl der Befürworter als auch der Gegner einer demokratischen Entscheidung, im Besitz universell gültiger Wahrheiten zu sein. Weder die Mehrheit noch die Minderheit vertreten objektiv richtige oder falsche Ansichten, sondern sie unterscheiden sich allein in der Anzahl ihrer Gefolgsleute und sind daher auf die Überzeugungskraft ihrer Argumente angewiesen. Nochmals *Radbruch*: „Ist keine Parteiauffassung beweisbar, so ist jede

<sup>211</sup> An der Stelle noch ein Wort zu *Habermas*: Auf den ersten Blick erwecken manche Äußerungen *Habermas*' den Anschein, auch er gehe von einem außerhalb des Verfahrens liegenden Richtigkeitsmaßstab zur Beurteilung des Ergebnisses eines demokratischen Prozesses aus. So begründe das demokratische Verfahren „die fallibilistische Vermutung, dass verfahrensgerecht zustande gekommene Resultate mehr oder weniger vernünftig sind“ (*Habermas*, Faktizität und Geltung (Nachwort 1993), S. 662), und es sei „der Witz deliberativer Politik“, dass „wir in politischen Auseinandersetzungen unsere Überzeugungen verbessern und der richtigen Lösung von Problemen näher kommen können.“ (*Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 25, ohne Hervorhebungen des Originals). In dem Zusammenhang ist „Richtigkeit“ allerdings als „rationale Akzeptabilität“ zu lesen, die nicht aus substantziellen Gründen, sondern allein aus einem entsprechend gestalteten Verfahren resultiert (*Habermas*, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, S. 299 (323–327)). Die Richtigkeit einer Norm weist laut *Habermas* nicht „über die Grenzen des Diskurses hinaus auf etwas hin, das unabhängig von der festgestellten Anerkennungswürdigkeit „Bestand“ haben könnte“ (ebd., S. 325), sondern ist „rechtfertigungsimmanent“ zu verstehen. Anders als bei *Rawls* führt das demokratische Verfahren also nicht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu Ergebnissen, die mit außerhalb des Verfahrens angesiedelten Grundsätzen vereinbar sind, sondern lediglich zu Ergebnissen, die intersubjektive Anerkennung verdienen (siehe auch *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 21 und 100). Allerdings, und deshalb kann *Habermas* nicht uneingeschränkt für eine rein prozedurale Lesart angeführt werden, können die Ergebnisse eines realen Diskurses trotzdem falsch prognostiziert werden (*Habermas*, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, S. 299 (326f.)). Trotz der zustimmungswürdigen Absage an rechtfertigungstranszendente Richtigkeitsansprüche nimmt *Habermas* also eine gewisse Idealisierung vor: Rationale Akzeptabilität sei nicht mit einem faktisch erzielten Einverständnis gleichzusetzen (ebd., S. 326 mit Fn. 30). Und mit dem Anspruch an universelle Geltung normativ gültiger Aussagen aufgrund der gegenseitigen Perspektivübernahme im rationalen Diskurs (ebd., S. 327–335) nähert sich *Habermas* wieder *Rawls* und der Übereinkunft vernünftiger Parteien im Urzustand an (man vergleiche nur die zitierten Stellen bei *Habermas* mit *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 159 ff.). Dieses Festhalten an unbedingter und universeller Geltung durch „eine in ideal gerechtfertigter Akzeptabilität aufgehende „Richtigkeit““ (*Habermas*, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, S. 299 (340)) wird hier nicht geteilt. Eine faktische Übereinstimmung aller Beteiligten ist nach hier vertretener Ansicht unabhängig von ihrem Inhalt in demokratietheoretischen Zusammenhängen „richtig“, sofern gewisse Verfahrensregeln eingehalten werden.

<sup>212</sup> In diese Richtung aber *Coca-Vila*, in: Staffler et al. (Hrsg.), Strafrecht und Demokratie, S. 79 (95 f.); *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 56.

<sup>213</sup> *Dreier*, in: Walter/Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht, S. 13 (20 f.).

<sup>214</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 12; vgl. auch *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (345).

Auffassung vom Standpunkt einer entgegengesetzten zu bekämpfen; ist aber auch keine widerlegbar, so ist jede auch vom Standpunkte der gegnerischen zu achten. So lehrt der Relativismus zugleich Entschiedenheit der eigenen und Gerechtigkeit gegen die fremde Stellungnahme.<sup>215</sup> Dass trotzdem noch vernünftig diskutiert werden kann, wurde bereits in der Auseinandersetzung mit *Rawls* deutlich: Auch ohne Bezug auf universell und absolut gültige Werte lässt sich nach dem konkret Verbindenden suchen, und dieses dient als Ausgangspunkt, um das Gegenüber zu überzeugen.<sup>216</sup> Kritik an einer demokratischen Entscheidung impliziert also nicht, die Entscheidung sei objektiv falsch, sondern beinhaltet nur die Aussage, dass der Kritiker (auf politischer Ebene) anderer Meinung als die Mehrheit ist. Das zeigt, dass Vertreter des prozeduralen und des ergebnisbezogenen Demokratieverständnisses unterschiedliche Haltungen zum Kreis der Teilnehmer am demokratischen Diskurs haben. Nach ergebnisbezogener Sichtweise ist, wer eine Entscheidung als falsch kritisiert, nicht Teilnehmer, sondern externer *Beobachter* und Beurteiler des Diskurses und des Ergebnisses.<sup>217</sup> Dieser Kritiker steht außer- und oberhalb des demokratischen Prozesses. Einen solchen „philosophischen Paternalismus“<sup>218</sup> vermeidet das prozedurale Verständnis. Kritik an einer Entscheidung (oder eine im weiteren Sinne rechtswissenschaftliche Stellungnahme zu rechtspolitischen Themen) ist demnach nur eine Meinung unter vielen.

## (2) Andere Auffassungen

Insbesondere in der Strafrechtswissenschaft wird diese Auffassung nicht immer geteilt. So halten beispielsweise *Roxin/Greco* die Verbindung zwischen Relativismus und Demokratie für falsch.<sup>219</sup> Erstens beruhe Demokratie mit der Freiheit und Gleichheit der Bürger selbst auf Prämissen, die nicht relativ seien,<sup>220</sup> und zweitens werde andernfalls politische Herrschaft der willkürlichen Deziision der Mehrheit überantwortet.

Letzterem kann damit entgegen getreten werden, dass auch die Mehrheitsentscheidung in der Demokratie nicht auf purer Deziision, sondern auf der argumenta-

<sup>215</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), Vorwort.

<sup>216</sup> Siehe oben D.II.3.b)dd)(3), S. 226 ff.; für einen agonistischen Ansatz z. B. *Poscher*, JZ 2013, 1 (5 ff.); andere Überlegungen hierzu im Zusammenhang mit der Theorie der „einzig richtigen Entscheidung“ (dazu unten D.III.2.a)aa), S. 304 ff.) bei *Aarnio*, Rechtstheorie 20 (1989), 409 (422 f.).

<sup>217</sup> Differenzierend zu diesem Problem bei *Rawls* etwa *Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen, S. 121 ff.

<sup>218</sup> *Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen, S. 119; zum Vorwurf der „Gerechtigkeitsexpertonkratie“ allgemein auch *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331 (337).

<sup>219</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 94 f.; ähnlich auch *Greco*, in: Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, S. 13 (14 mit Fn. 5); *ders.*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 68 f.; *Martins*, ZStW 125 (2013), 234 (241 ff.); *Neumann*, FS Fischer, S. 183 (188 f., 194); *Schünemann*, ZIS 2016, 254 (259 f.); *Zaczyk*, Der Staat 50 (2011), 295 ff.; vgl. auch *Werkmeister*, ARSP 109 (2023), 409 (416 ff.).

<sup>220</sup> Unabhängig von demokratietheoretischen Überlegungen stellt ähnliches auch einen verbreiteten Vorwurf an nicht-metaphysische Theorien dar, siehe z. B. *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, S. 151 f.

tiven Überzeugungskraft der jeweiligen Ansicht beruht und der Relativismus eine Auseinandersetzung um das bessere Argument nicht ausschließt. Mehrheitsentscheidungen sind nicht lediglich willkürliche Machtausübung. Die oft geäußerte Befürchtung „fauler Kompromisse“, in welchen sich Entscheidungen nur durch Macht und nicht durch Gründe legitimieren,<sup>221</sup> überzeugt demgegenüber nicht. Auch das Ergebnis eines Kompromisses wird selten als bloßer Kompromiss dargestellt, sondern zumindest im Nachhinein mit Gründen versehen.<sup>222</sup> Und die Kompromissbildung selbst findet mit *Habermas* im Rahmen von Verfassungsnormen statt und ist daher „mit Fragen der politischen Gerechtigkeit und der Realisierung vorrangiger Wertorientierungen verschränkt.“<sup>223</sup> Die Gefahr einer Willkürherrschaft der Mehrheit besteht also nicht. Sie wäre ohnehin kein Argument gegen einen *notwendigen* Zusammenhang zwischen Relativismus und Demokratie, sondern allenfalls eine unliebsame, aber unvermeidbare Auswirkung desselben.

Auch das Argument, die Demokratie beruhe selbst auf nicht-relativen Werten, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zunächst wird, anders als die Kritiker dies unterstellen, gar nicht behauptet, Freiheit und Gleichheit seien universell gültige Werte. Vielmehr lässt sich die Entscheidung für eine demokratische Herrschaftsordnung ebenfalls als Ergebnis einer Suche nach gemeinsam geteilten anstatt objektiv gültigen Werten beschreiben: Nur *wenn* Freiheit und Gleichheit für erstrebenswert gehalten werden, ist die demokratische Organisation staatlicher Herrschaft die beste Möglichkeit zu ihrer Verwirklichung. Die Prämissen sind aber ebenso wenig zwingend wie die daraus folgende Entscheidung für Demokratie.<sup>224</sup> Demokratie ist zwar auch nach hier vertretener Ansicht die am wenigsten schlechteste Staatsform, doch folgt dies nicht zwangsläufig aus universell gültigen Werten, sondern daraus, dass „wir“ uns darauf geeinigt haben.<sup>225</sup> Nur so wird eine demokratische Ordnung von den ihr Zugehörigen akzeptiert.<sup>226</sup> Alles andere führte, so *Habermas*, dazu, „dass wir zur Verbreitung liberaler Demokratien Kreuzzüge führen dürften.“<sup>227</sup> Aber selbst wenn man in den Prämissen demokratischer Ordnungen nicht-relativistische Werte sieht, sind *innerhalb* einer solchen Ordnung absolut und universell gültige Werte fehl am Platz. Demokratie ergibt nur Sinn ohne absolute Wahrheiten.

<sup>221</sup> In diese Richtung *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 43 ff.; vgl. auch bereits *ders.*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, S. 128 ff.

<sup>222</sup> Zur Differenzierung zwischen Herstellung und Darstellung bzgl. des Gesetzgebungsprozesses *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 192; allgemein hierzu für die Verwaltungsrechtswissenschaft *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: GVwR I, § 10 Rn. 70.

<sup>223</sup> *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 76; vgl. auch ebd., S. 101 f. zu Kompromissen und Gründen.

<sup>224</sup> *Möllers*, Demokratie – Zumutungen und Versprechungen, S. 13; vgl. auch *Horn*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 22 Rn. 42.

<sup>225</sup> Vgl. auch *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 91.

<sup>226</sup> Vgl. auch *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 82 f.

<sup>227</sup> *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 82.

Abgesehen davon bleiben alle Vertreter eines nicht-relativistischen Standpunkts einen Beweis ihrer eigenen Prämisse, nämlich der Existenz und Einsehbarkeit absoluter Werte, schuldig.<sup>228</sup> Sie begründen ihre Ansicht allein mit einer apodiktischen Kritik an der hier vertretenen Haltung oder mit dem Verweis auf philosophische Autoritäten, die (historisch bedingt) der Demokratie nicht immer uneingeschränkt positiv gegenüberstanden.<sup>229</sup> Solange sich jedoch das Reden über absolute Werte in bloßen Glaubenssätzen erschöpft, ist der hier vertretene Ansatz überzeugender.<sup>230</sup>

### (3) Ergebnis

Festzuhalten bleibt daher: Demokratie verzichtet auf absolut und universell gültige Werte. Sie ist von der Vorstellung geprägt, dass sich Minderheiten von Mehrheiten nur durch die Zahl der Stimmen, nicht aber durch eine höhere Richtigkeit oder Wahrheit ihrer Ansichten unterscheiden, dass eine Entscheidung aber dadurch, dass sie in einem demokratischen Prozess zustande gekommen ist, für alle von ihr Betroffenen hinreichend legitimiert ist.

#### cc) Grenzen demokratischer Entscheidungsfreiheit

Die Kritik an der These vom notwendigen Zusammenhang zwischen Relativismus und Demokratie speist sich u. a. aus der Befürchtung einer Tyrannei der Mehrheit und Unterdrückung der Minderheit. Eine dem strikt formalen Mehrheitsprinzip verpflichtete Demokratie könnte scheinbar auch die völlige Vernichtung der individuellen Freiheit beschließen.<sup>231</sup> Je stärker die relativistisch begründete Entscheidungsfreiheit betont wird, desto wichtiger sind daher die Grenzen dieser Freiheit. Der vorliegenden Untersuchung gibt dies die Gelegenheit, den Schritt von demokratietheoretischen zu verfassungsrechtlichen Überlegungen zu vollziehen.

Demokratietheoretisch versucht man der Gefahr einer Tyrannei der Mehrheit dadurch zu entgehen, dass bestimmte Grenzen demokratischer Entscheidungsfreiheit aus dem Demokratieprinzip selbst oder seinen Entstehungs- bzw. Legitimationsbedingungen hergeleitet werden. So vertritt etwa *Habermas* die These von der Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Menschenrechten, sieht Menschenrechte als Ermöglichungsbedingungen der Demokratie an und begrenzt damit die Entscheidungsfreiheit von innen heraus.<sup>232</sup> Ähnlich versteht *Robert A. Dahl* individuelle

<sup>228</sup> Dazu *Gusy*, AöR 106 (1981), 329 (340 ff.); eine umgekehrte Beweislast vertritt offenbar *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht, S. 144.

<sup>229</sup> Es ist fast müßig, hier auf *Hegel* zu verweisen, vgl. etwa Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 273.

<sup>230</sup> Zusammenfassend zu alledem *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 44: „Anti-voluntaristische Umdeutungsversuche der Demokratie in ein Verfahren zur Findung materialer Gerechtigkeit und szientistischer Wille zur Definitionsmacht sind zwei Seiten einer Medaille. In letzter Konsequenz wären dann demokratische Verfahren ein bloßes Ritual, das man getrost durch Kant- oder Hegelstudien ersetzen könnte – eine offene Desavouierung demokratischer Gleichheit.“

<sup>231</sup> *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 10 f.

<sup>232</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 133 ff., 161 ff.

Rechte als Bestandteile des demokratischen Verfahrens, die auf demokratischem Wege nicht verletzt werden können, will man nicht zugleich gegen das Demokratieprinzip verstoßen.<sup>233</sup> Auch wenn man hiergegen jeweils einwenden könnte, dass Grund- und Menschenrechte den Einzelnen nicht primär zustehen, um den demokratischen Prozess zu ermöglichen, sondern um private Freiheit gegen den Zugriff des Staates abzusichern,<sup>234</sup> lassen sich aus den Bedingungen der legitimierenden Wirkung des Demokratieprinzips zumindest manche Grenzen desselben konstruieren.<sup>235</sup> Die Mehrheitsentscheidung darf nicht jene Bedingungen abschaffen, aus denen sich ihre Legitimität ergibt. Beteiligungsrechte am demokratischen Verfahren und bestimmte Minderheitenrechte sind daher bereits *immanente* Schranken des Demokratieprinzips.<sup>236</sup> Außerdem muss der Prozess der Meinungs- und Entscheidungsbildung möglichst offengehalten werden, d.h. Entscheidungen (theoretisch) revisibel bleiben, um zukünftige Gestaltungsmöglichkeiten einer möglicherweise zur Mehrheit erstarkten aktuellen Minderheit zu erhalten.<sup>237</sup> Hier begrenzt also gerade die relativistische Grundhaltung die demokratische Gestaltungsfreiheit: Weil eine Mehrheitsentscheidung keine höhere Gewähr materieller Richtigkeit für sich beanspruchen kann als die Minderheitenposition, muss sie möglichst vorläufig bleiben.<sup>238</sup>

Steigt man aus der demokratietheoretischen auf die verfassungsrechtliche Ebene herab, wird die Konstruktion immanenter Grenzen der demokratischen Entscheidungsfreiheit jedoch weniger bedeutsam.<sup>239</sup> Im materiellen Rechtsstaat des GG wird das Demokratieprinzip insbesondere durch die auch den Gesetzgeber bindenden (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) Grundrechte *externen* Begrenzungen unterworfen.<sup>240</sup> Diese theoretisch zu fundieren, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen; dass auch sie als Ergebnis einer politischen Einigung am Ende eines (höherrangigen) demokratischen Prozesses beschrieben werden können und damit nicht auf überpositive Geltungsgrundlagen angewiesen sind, mag als Hinweis hierzu ausreichen.<sup>241</sup>

<sup>233</sup> Dahl, *Democracy and its Critics*, S. 169–173.

<sup>234</sup> Vgl. zur Kritik an *Habermas'* diskurstheoretischer Rekonstruktion der Grundrechte im Überblick Günther, in: Koller/Hiebaum (Hrsg.), Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung, S. 51 (58 ff.).

<sup>235</sup> Zu immanenten Grenzen mit Unterschieden im Detail Böckenförde, in: HStR II, § 24 Rn. 54 ff.; Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 II Rn. 51 ff.; Hillgruber, AöR 127 (2002), 460 (465 ff.); Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, Rn. 172 ff.; weitergehend für eine „Symbiose“ zwischen Demokratie und Grundrechten Isensee, HStR IX, § 190 Rn. 148–153.

<sup>236</sup> Vgl. nur Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, Rn. 173 ff.

<sup>237</sup> Dreier/Dreier, Art. 20 (Demokratie), Rn. 72; Gusy, AöR 106 (1981), 329 (342 ff.); Hillgruber, AöR 127 (2002), 460 (465); Krüper, ZJS 2009, 477 (485 f.); vgl. auch Baumann, FS Wassermann, S. 247 (257); zu den tatsächlichen Problemen Dreier, ZParl 17 (1986), 94 (110 ff.).

<sup>238</sup> Vgl. auch Lepsius, Der Staat 52 (2013), 157 (175 f.).

<sup>239</sup> Vgl. auch Böckenförde, in: HStR II, § 24 Rn. 38; Dreier, ZParl 17 (1986), 94 (116 ff.).

<sup>240</sup> Böckenförde, in: HStR II, § 24 Rn. 38 und 92; Dreier, ZParl 17 (1986), 94 (108); Hillgruber, AöR 127 (2002), 460 (471); Krüper, ZJS 2009, 477 (485); Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht, Rn. 176; zur formell-rechtsstaatlichen Begrenzung der Demokratie auch Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 8 ff.

<sup>241</sup> Weiterführend Möstl, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR I, § 2 Rn. 29; vgl. zur Universa-

Unabhängig davon erübrigt sich durch die verfassungsrechtliche Positivierung der Grundrechte und anderer Grenzen demokratischer Entscheidungsfreiheit die Diskussion um immanente Grenzen derselben weitgehend. Während das Demokratieprinzip die Staatsgewalt *legitimiert*, wird sie durch das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte also wieder *limitiert*.<sup>242</sup> Die Demokratie des GG ist in den Worten *Ernst-Wolfgang Böckenförde* eine rechtsstaatlich gebundene und balancierte Demokratie.<sup>243</sup> Demokratische Herrschaft ist mithin nicht grenzenlos. Und weil diese Grenzen auf verfassungsrechtlicher Ebene aus Sicht des Demokratieprinzips von außen kommen, gehen die Sanktionen bei Verstößen hiergegen auch über den schlichten Hinweis, dass eine scheinbar demokratische Überschreitung der immanenten Grenzen des Demokratieprinzips eben nicht mehr demokratisch ist,<sup>244</sup> hinaus (zu den Fehlerfolgen unten dd)(3)).

#### *dd) Demokratieprinzip des Grundgesetzes*

Somit ist der Schritt zur verfassungsrechtlichen Betrachtung des Demokratieprinzips des GG gemacht. Dabei sind für die vorliegende Arbeit drei Punkte bedeutsam: das Repräsentationsprinzip, die demokratische Legitimation der Staatsgewalt und die Fehlerfolgen.

##### *(1) Mittelbare und repräsentative Demokratie des Grundgesetzes*

Die Demokratie des GG ist eine mittelbare und repräsentative Demokratie, Art. 20 Abs. 2 S. 2 und 38 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>245</sup> Das Staatsvolk ist zwar Inhaber der Staatsgewalt; diese wird jedoch von besonderen Organen ausgeübt, und neben diesen Staatsorganen übt das Volk selbst die Staatsgewalt hauptsächlich in Wahlen aus.<sup>246</sup> Konkrete Sachentscheidungen trifft grundsätzlich nicht direkt das Staatsvolk bzw. dessen Mehrheit, sondern seine nach dem Mehrheitsprinzip gewählten Vertreter bzw. deren Mehrheit. Auf die Übereinstimmung einer staatlichen Sachentscheidung mit einem – wie auch immer ermittelten<sup>247</sup> – Volkswillen kommt es deshalb nicht an.<sup>248</sup> Die Mehrheitsentscheidung der Repräsentanten tritt an die Stelle der Mehrheitsentscheidung des Volkes und bindet dieses als Ganzes unabhängig vom konkreten Willen in

---

lität der *Menschenrechte* mit Blick auf international konsensfähige Begriffe auch *Stern*, in: HGRI, § 1 Rn. 85–88; siehe auch *Denninger*, FS P. Schneider, S. 45 ff.

<sup>242</sup> *Dreier/Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 147 f.; siehe aber auch *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 255 f.

<sup>243</sup> *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 92.

<sup>244</sup> Erwähnt auch bei *Dahl*, *Democracy and its Critics*, S. 171.

<sup>245</sup> *Badura*, in: HStR II, § 25 Rn. 34; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 64 ff.

<sup>246</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 65.

<sup>247</sup> Zu den Problemen *Morlok/Michael*, *Staatsorganisationsrecht*, Rn. 157 ff.

<sup>248</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 68; zum historischen Zusammenhang zwischen Repräsentation und Mehrheitsprinzip *Scheuner*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, S. 35 ff.

der Bevölkerung.<sup>249</sup> Das Argument, ein Gesetz widerspreche dem Willen des Volkes oder dessen Mehrheit, ist für dessen Bindungswirkung daher irrelevant.

### (2) Demokratische Legitimation der besonderen Organe

Innehabung und Ausübung der Staatsgewalt fallen in der mittelbaren Demokratie auseinander. Deshalb braucht es einen hinreichenden Legitimationszusammenhang zwischen dem Volk als Inhaber der Staatsgewalt und den besonderen Staatsorganen, die die Staatsgewalt hauptsächlich ausüben.<sup>250</sup> Dabei kann u. a. zwischen organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation unterschieden werden.<sup>251</sup> Organisatorisch-personell sind die mit der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe betrauten Amtswalter durch eine ununterbrochene demokratische Legitimationskette mit dem Volk verbunden, indem ihre Einsetzung und Zuständigkeit von demokratisch legitimierten Organen, insbesondere dem Parlament, abhängt.<sup>252</sup> Sachlich-inhaltlich erfolgt die demokratische Legitimation der Ausübung der Staatsgewalt durch das im Parlament beschlossene Gesetz, welches die nachfolgenden Staatsorgane bindet, und über die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament, das wiederum in periodischen Wahlen gegenüber dem Volk „verantwortlich“ ist.<sup>253</sup>

### (3) Fehlerfolgen

Die Relevanz all dessen zeigt sich in der Behandlung von Verstößen gegen die jeweiligen Grundsätze.<sup>254</sup> Auf legislativer Ebene kommen Verstöße des Gesetzgebers gegen den Vorrang der Verfassung aus Art. 20 Abs. 3 GG in Frage.<sup>255</sup> Hier wirken sich

<sup>249</sup> Zur Geltung des Mehrheitsprinzips innerhalb der Staatsorgane und der Zurechnung zum Volk *Hillgruber*, AöR 127 (2002), 460 (463 f.).

<sup>250</sup> Siehe etwa BVerfGE 52, 95 (130); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66 ff.); *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 11 ff.; *Dreier/Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 109 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 119; v. Münch/Kunig/Kotzur, Art. 20 Rn. 113 ff.; *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 143 ff.; *Sachs/Sachs*, Art. 20 Rn. 35; *Huber/Voßkuhle/Sommermann*, Art. 20 Rn. 163 ff.

<sup>251</sup> *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 15 nennt noch die funktionelle und institutionelle Legitimation, die sich auf die verfassungsmäßige Existenz der drei Gewalten bezieht. Diese ist jedoch auf einer anderen Ebene angesiedelt (*Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 125 f.; *Huber/Voßkuhle/Sommermann*, Art. 20 Rn. 169) und hier nicht unmittelbar relevant. Für ein alternatives Legitimationsmodell unter Einbeziehung von Organisation und Verfahren siehe *Trute*, in: GVwR I, § 9 Rn. 42 ff.

<sup>252</sup> BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66); 107, 59 (87); 119, 331 (366); 123, 39 (69); 147, 50 (127 f.); *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 16 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 123.

<sup>253</sup> Zu alledem BVerfGE 93, 37 (66 ff.); 77, 1 (40); *Böckenförde*, in: HStR II, § 24 Rn. 21 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 II Rn. 124; *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 338, 645 ff., 658 ff.; *Pieroth*, JuS 2010, 473 (474). Zur Verbindung von Legalität und Demokratie auch *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 69 ff.; zur Bindung administrativer Macht an die in den Gesetzen zum Ausdruck kommende kommunikative Macht *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 213 ff. und 229 ff.

<sup>254</sup> Rechtstheoretische Überlegungen hierzu bei *Ph. Reimer*, Rechtstheorie 45 (2014), 383 ff.

<sup>255</sup> Einzelheiten zum Landesrecht und zu untergesetzlichen Rechtsnormen (Rechtsverordnung,

die beschriebenen Grenzen der demokratischen Gestaltungsfreiheit aus. Parlagengesetze, die gegen die Verfassung verstoßen, sind nach h. M. ipso iure und ex tunc nichtig.<sup>256</sup> Nichtigte Gesetze entfalten keine rechtlichen Wirkungen. Das BVerfG erklärt sie für mit dem GG „unvereinbar und nichtig“.<sup>257</sup> Die sogenannte Vernichtbarkeitslehre sieht dies anders: Verfassungswidrige Gesetze seien nicht nichtig, sondern vorläufig gültig und vom BVerfG vernichtbar. Beim Urteil des BVerfG handle es sich nicht um ein Feststellungs-, sondern um ein Gestaltungsurteil.<sup>258</sup> Dem ist jedoch Art. 100 Abs. 1 GG entgegenzuhalten. Dort geht das GG davon aus, dass ein Richter ein verfassungswidriges Gesetz nicht anwenden würde, weil es nichtig ist, und schreibt deshalb eine Vorlagepflicht an das BVerfG vor.<sup>259</sup> Die Vernichtbarkeitslehre entspricht auch nicht dem einfachen Recht (§§ 78 S. 1, 82, 95 Abs. 3 S. 1, 2 BVerfGG)<sup>260</sup> und ist deshalb abzulehnen. Es bleibt also bei der ex-tunc Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze und beim deklaratorischen Charakter eines BVerfG-Urteils. Ein verfassungswidriges Gesetz ist folglich für den Rechtsunterworfenen nicht verbindlich. Dass sich der Einzelne mit Erfolg auf die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes berufen kann, hängt rechtspraktisch allerdings durchaus von der Klärung durch das BVerfG ab, weshalb ein gewisses Beurteilungsrisiko besteht.<sup>261</sup> Die materielle Nichtigkeit wird mit anderen Worten erst mit der prozessualen Nichtigkeitsklärung greifbar.<sup>262</sup> Das schadet jedoch dem materiellen Nichtigkeitsgrundsatz nicht. Die Gültigkeit behördlicher oder gerichtlicher Entscheidungen, die auf einem nichtigen Gesetz beruhen, bleibt von der Nichtigkeit des Gesetzes unberührt, § 79 Abs. 2 BVerfGG und § 183 VwGO. Für den Sonderfall rechtskräftiger Strafurteile sieht § 79 Abs. 1 BVerfGG eine besondere Wiederaufnahmemöglichkeit vor.

---

Satzung) bleiben der Einfachheit halber außer Betracht. Ebenso unberücksichtigt bleibt Art. 79 Abs. 3 GG und etwaige Bindungen des Verfassungsgesetzgebers. Der später entwickelte Ansatz kann beides in sich aufnehmen.

<sup>256</sup> Sachs/Sachs, Art. 20 Rn. 95; Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 379; A. Zimmermann, JA 2018, 240 (254); differenzierend Ph. Reimer, Rechtstheorie 45 (2014), 383 (404 ff.); kritisch Breuer, DVBl 2008, 555 ff. Ob es sich hier um einen Grundsatz mit Verfassungsrang (so Löwer, HStR III, § 70 Rn. 120) oder um eine Frage des einfachen Rechts (so Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1435 ff., insbesondere Rn. 1439) handelt, ist streitig, hier jedoch ohne Belang.

<sup>257</sup> Beispielsweise BVerfGE 122, 316.

<sup>258</sup> So z. B. Götz, NJW 1960, 1177 ff.; in der Tradition Kelsens, siehe ders., Reine Rechtslehre (1960), 278 ff.

<sup>259</sup> Schlaich/Korioth, BVerfG, Rn. 382; kritisch Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1437; differenzierend Ph. Reimer, Rechtstheorie 45 (2014), 383 (404 ff.).

<sup>260</sup> Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1439.

<sup>261</sup> Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, § 75 IV; vgl. auch Breuer, DVBl 2008, 555 (562 f.) zur Schwebelage zwischen materieller Nichtigkeit und formeller Vernichtbarkeit; dazu auch BVerfGE 98, 265 (318): Gesetze seien zu befolgen, solange das BVerfG sie nicht für verfassungswidrig erklärt hat.

<sup>262</sup> Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, Rn. 1143 mit Fn. 52. Auswirkungen hat diese Unterscheidung zwischen materieller und prozessualer Lage, wenn der prozessuale Weg z. B. wegen Verfristung (etwa nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO) versperrt ist: Dann bleibt es materiell bei der Nichtigkeit und die Rechtsnorm kann von den Gerichten inzident geprüft und verworfen werden. Lediglich die prinzipiale Normenkontrolle ist unmöglich. Dazu z. B. VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, 625 (626) m. w. N.

Bei der Verwaltung und der Rechtsprechung stehen mögliche Verstöße gegen den Vorrang der Verfassung und des Gesetzes und gegen den Vorbehalt des Gesetzes im Raum, Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG. Hier werden die Fehlerfolgen differenziert gehandhabt.<sup>263</sup> Das führt im Verwaltungsrecht für den praktisch wichtigen Fall des Verwaltungsakts zur Trennung zwischen Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit bzw. Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit, § 43 (L)VwVfG.<sup>264</sup> Gesetzes- oder verfassungswidrige Verwaltungsakte sind nicht zwangsläufig nichtig, sondern im Grundsatz lediglich behördlich oder gerichtlich *aufhebbar*. Wird der Prozess zur gerichtlichen Aufhebung nicht innerhalb der entsprechenden Frist eingeleitet, wird der Verwaltungsakt trotz seiner Rechtswidrigkeit im Interesse der Rechtssicherheit bestandskräftig und kann vom Bürger nicht mehr gerichtlich angegriffen werden.<sup>265</sup> Es besteht aber noch die Möglichkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens im engeren (§ 51 (L)VwVfG) und im weiteren (§§ 51 Abs. 5 i. V. m. §§ 48 ff. (L)VwVfG) Sinne durch die Behörde.<sup>266</sup> Bei gerichtlichen Entscheidungen wird die Rechtssicherheit noch stärker betont. Gerichtliche Urteile entfalten bis auf wenige Ausnahmen<sup>267</sup> auch dann volle Wirksamkeit und können in Rechtskraft erwachsen, wenn sie inhaltlich fehlerhaft sind.<sup>268</sup> Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist nur unter engen Voraussetzungen möglich (vgl. z. B. §§ 578 ff. ZPO, 359 ff. StPO, 153 VwGO).

Die differenzierte Behandlung der Fehlerfolgen<sup>269</sup> zeigt: Der Umstand, dass überhaupt eine Entscheidung vorliegt, wird im Verhältnis zu deren inhaltlichen Rechtmäßigkeit oder Richtigkeit verschieden gewichtet. Diese Gewichtung hängt davon ab, ob es sich um eine Einzelfallentscheidung oder ein abstrakt-generelles Gesetz handelt und ob eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung im Raum steht.

### ee) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Im demokratischen Rechtsstaat des GG werden die wesentlichen Entscheidungen vom durch Wahlen legitimierten Gesetzgeber getroffen. Dessen Entscheidungen sind dabei aufgrund des Zusammenhangs zwischen Relativismus und Demokratie und des prozeduralen Demokratieverständnisses nicht an objektive und absolute Werte

<sup>263</sup> Schmidt-Aßmann, in: HStR II, § 26 Rn. 62: Abwägung zwischen Gesetzesbindung und Rechtssicherheit.

<sup>264</sup> Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 10 Rn. 6; vgl. auch Poscher, VerwArch 89 (1998), 111 (119): Damit wird die Verwaltungsvollstreckung vom materiellen Recht entkoppelt. Aus Sicht der Reinen Rechtslehre differenzierend Ph. Reimer, Rechtstheorie 45 (2014), 383 (398 ff.).

<sup>265</sup> Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 10 Rn. 12 ff.; vgl. auch Schmidt-Aßmann, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 1 (25 ff.), auch zur exekutiven Normsetzung.

<sup>266</sup> Dazu Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 11 Rn. 78 ff.

<sup>267</sup> Zu Nicht- und Scheinurteilen und anderen Entscheidungen eines Gerichts, die ausnahmsweise als Nullum angesehen werden, siehe Gottwald, in: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 62 Rn. 12–28.

<sup>268</sup> Ph. Reimer, Rechtstheorie 45 (2014), 383 (409, 413).

<sup>269</sup> Kritisch dazu Breuer, DVBl 2008, 555 ff.

der Moral o.ä. gebunden, sondern schon allein infolge des demokratischen Verfahrens, aus dem sie hervorgehen, hinreichend legitim. Aufgrund des Repräsentationsprinzips ist auch eine Übereinstimmung zwischen gesetzgeberischer Entscheidung und „dem“ Willen des Volkes irrelevant. Grenzen demokratischer Entscheidungsbefugnisse liegen aus verfassungsrechtlicher Sicht insbesondere in den Grundrechten. Weder die demokratische Legitimation der Staatsgewalt noch ihre Grenzen enden dabei beim Parlament, sondern die Legitimation wird in sachlich-inhaltlicher und organisatorisch-personeller Form bis hin zur konkreten Einzelfallentscheidung eines einzelnen Amtsträgers übertragen, die sich ebenfalls an den Grundrechten messen lassen und außerdem mit dem einfachen Gesetzesrecht übereinstimmen muss. Verstöße gegen diese Vorgaben werden differenziert behandelt.

Diese Erwägungen vervollständigen und konkretisieren die zuvor angestellten rechtstheoretischen Überlegungen. Dass Interessenskonflikte nur durch staatliche Entscheidungen lösbar sind, ist nicht nur Folge von Relativismus und Pluralismus, sondern in einer Demokratie auch Ausdruck von Freiheit und Gleichheit der Bürger. Staatliche Entscheidungen sind in ihrer Verbindlichkeit nicht abhängig von ihrer Übereinstimmung mit moralischen Werten und auch nicht darauf angewiesen, dem Willen des Volkes zu entsprechen. Wer als Einzelner anderen seine eigene Ansicht aufzwingt oder sich unter Verweis auf moralische Normen oder den „wahren“ Willen des Volkes über bereits getroffene staatliche Entscheidungen hinwegsetzt, verstößt also nicht nur gegen das (relativistisch bereinigte) liberale Legitimitätsprinzip, sondern auch gegen das Demokratieprinzip (konkret: die demokratische Gleichheit).<sup>270</sup> Das vermeidet bei § 34 StGB ein Vorrang staatlicher Entscheidungen.

#### *d) Schlussfolgerungen aus der Entscheidungsdimension*

Damit ist die Verteilung der Entscheidungskompetenz zwischen Staat und Bürger im demokratischen Rechtsstaat des GG sowohl außerhalb als auch innerhalb des § 34 StGB geklärt. Hierauf wird sogleich nochmals eingegangen (unten cc)) und mit dem zivilen Ungehorsam ein wichtiger Anwendungsbereich der Erkenntnisse besprochen (unten dd)). Die vorstehenden rechtstheoretischen und demokratietheoretischen Ausführungen haben allerdings auch über die Begründung eines Vorrangs staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB hinaus gehende Auswirkungen auf die vorliegende Arbeit, von denen die methodischen (sogleich aa)) und diejenigen, die das Verhältnis von Staat und Recht betreffen (unten bb)), hervorzuheben sind.

#### *aa) Methodische Auswirkungen*

Zunächst kann nun eine Begründung für die bereits im vorherigen Kapitel vorgestellte methodische Ausrichtung der Arbeit<sup>271</sup> und die Kritik an der kriminalpoliti-

<sup>270</sup> Vgl. auch Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (336 f.).

<sup>271</sup> Siehe oben C.II.3, S. 145 ff.

schen oder moralischen Indienstrafe des § 34 StGB<sup>272</sup> nachgeliefert werden. Dass die unmittelbare Deduktion dogmatischer Aussagen oder der Lösung konkreter Einzelfälle aus allgemeinen philosophischen Grundsätzen ebenso wie die Verrechtlichung der moralischen bzw. kriminalpolitischen Haltung des jeweiligen Rechtsanwenders mithilfe des § 34 StGB kritisiert wurde, liegt an den vorstehend beschriebenen Erkenntnissen aus der Rechts- und Demokratietheorie. Wer allein oder primär mit *Kant* oder *Hegel* (oder anderen) argumentiert, kann keine allgemeine Verbindlichkeit für seine Thesen in Anspruch nehmen, sondern muss zugleich die Möglichkeit anderer Ansichten anerkennen, die nicht weniger vernünftig und berechtigt sind. Das Problem, das sich im Zusammenhang mit § 34 StGB ergibt, wenn sich etwa auf der Seite des Notstandstäters ein Vertreter einer hegelianisch geprägten, auf der Seite des Eingriffsopfers aber ein Befürworter einer kantisch inspirierten Notstandstheorie befinden, wurde bereits beschrieben. Für beide Seiten verbindliche Aussagen lassen sich allein mit Blick auf ebenfalls für beide Seiten verbindliche staatliche (und demokratisch legitimierte) Entscheidungen treffen. Diese Entscheidungen können dann zwar mit Argumenten *Kants* und *Hegels* kritisiert werden – und hierin findet die verbreitete gesetzgebungskritische Haltung der Strafrechtswissenschaft ihren legitimen und für den demokratischen Diskurs bedeutsamen Anwendungsbereich –, doch auch eine philosophisch noch so kritikwürdige staatliche Entscheidung ist, soweit sie nicht extrem ungerecht ist (*Radbruch*) bzw. in der Gesellschaft ansonsten noch einigermaßen gerechte Verhältnisse herrschen (*Rawls*) und die Entscheidung verfassungsrechtlich nicht gegen die Grenzen der staatlichen Entscheidungsbefugnis verstößt, hinreichend legitim und für alle Betroffenen verbindlich, sodass sich die Rechtsanwendung nach ihr zu richten hat.<sup>273</sup> Die Forderungen, zwischen gerichtlichem, juristischem, politischem und allgemein-praktischem Diskurs zu unterscheiden und nicht die eigene kriminalpolitische Haltung mithilfe des § 34 StGB am Gesetzgeber vorbei zu verrechtlichen, sind also Konsequenzen der hier angestellten rechts- und demokratietheoretischen und verfassungsrechtlichen Überlegungen.<sup>274</sup>

#### *bb) Staat und Recht Teil 1: kein Recht ohne Staat*

Das lässt sich in Aussagen zum Verhältnis zwischen Recht und Staat umformulieren. Werterelativismus, Pluralismus und Demokratie führen zu einer von vor- oder überpositiven Normen unabhängigen staatlichen Entscheidungsbefugnis. Die sich daraus ergebenden Folgerungen für das Verhältnis zwischen Recht und Staat zeigen sich bei einer Gegenüberstellung der hier vertretenen Position mit bereits beschriebenen Thesen *John Lockes*. Bei *Locke* übertragen die Menschen dem Staat wie gesehen (oben 2.b)) allein ihre Rechte zweiter Ordnung zum Schutz der natürlichen Rechte erster

<sup>272</sup> Siehe oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.

<sup>273</sup> Vgl. auch für das Strafrecht *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658 ff.).

<sup>274</sup> Siehe insbesondere zum Zusammenhang zwischen Relativismus und Demokratie oben D.II.3.c)bb), S. 232 ff.

Ordnung (Freiheit, Gleichheit, Eigentum). Damit erhält der Staat die Rolle einer Schutz- und Durchsetzungsinstanz bereits feststehender vorstaatlicher Rechte. Von einer staatlichen *Entscheidungsbefugnis* kann keine Rede sein, sondern der Staat setzt nur durch, was die Moral verlangt.<sup>275</sup> Dies setzt erstens vorstaatliche Rechte der Menschen als gegeben und erkennbar voraus<sup>276</sup> und zweitens die Rolle des Staates von der Entscheidungs- zur Vollzugsinstanz herab.<sup>277</sup>

Beides ist abzulehnen.<sup>278</sup> Anstelle einer vollumfänglichen Aufarbeitung der Frage nach der Vorstaatlichkeit der Menschenrechte reicht für die Zwecke dieser Arbeit die Anwendung der bisherigen Erkenntnisse auf das Problem aus.<sup>279</sup> Die Behauptung der Existenz vorstaatlicher oder angeborener individueller Rechte bleibt wie alle Aussagen zu Normen außerhalb des Rechts einen rationalen Beweis schuldig. Bereits das bringt ihr scharfe Kritik seitens des Rechtspositivismus ein.<sup>280</sup> Auch aus Sicht eines vernünftigen Pluralismus ist die Vorstellung natürlicher Rechte, jedenfalls wie sie von *Locke* vertreten wird, bedenklich. *Lockes* politische Philosophie ist religiös fundiert.<sup>281</sup> Letzter Geltungsgrund der natürlichen Rechte ist Gott.<sup>282</sup> Als Konzeption im Sinne *Rawls'*, auf die sich alle umfassenden Lehren trotz des Faktums eines vernünftigen Pluralismus einigen können, taugt dies nicht.<sup>283</sup> Schließlich kommt die Vorstellung vorpositiver Menschenrechte, die den Staat zur bloßen Vollzugsinstanz herabsetzen und das Ergebnis des demokratischen Prozesses determinieren, auch mit demokrati-

<sup>275</sup> Siehe auch *Thorburn*, in: du Bois-Pedain/Ulvång/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 7 (29 f.); vgl. auch ebd. S. 11 zur verwandten Kritik am „legal moralism“: „The state is simply doing what interpersonal morality endorses or even requires.“

<sup>276</sup> Teils eingeräumt von *Greco*, *ZStW* 134 (2022), 1 (45 ff.).

<sup>277</sup> Vgl. *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 228 f.: Staat als Rechtsdurchsetzungsinstanz, die an vorpositiv-existentes Recht gebunden ist; siehe auch ebd., S. 275 ff., 480 ff.

<sup>278</sup> Zur Vorstaatlichkeit der Menschenrechte und ihrer Bedeutung für die (Grund-)Rechtsdogmatik *Möllers*, Staat als Argument, S. 270; vgl. auch *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 215 f.: Der Fehler der Vertrags- und Rechtstheorien des Staates liege in einer falschen Auffassung vom Wesen des Rechts. Man gehe von einem Recht aus, das ohne alle gesellschaftliche Organisation existiert.

<sup>279</sup> Zum Streit um den Status der Menschenrechte differenzierend *Lohmann*, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, S. 62–95; zum Problem der Universalität der Menschenrechte im Verhältnis zur staatlichen Souveränität auch *Denninger*, FS P. Schneider, S. 45 ff.; sehr grundsätzliche Kritik an der Fundierungsdebatte bei *Rorty*, in: ders., *Wahrheit und Fortschritt*, S. 241 ff.

<sup>280</sup> Vgl. nur *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 59 f., 154 ff., 161 f.; *ders.*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 134 f.

<sup>281</sup> Siehe nur *Kersting*, *Gesellschaftsvertrag*, S. 111 f.; v. *der Pfordten*, *Rechtsethik*, S. 351 f.

<sup>282</sup> *Locke*, *Two Treatises of Government*, II, § 6: „For men being all the workmanship of one omnipotent, and infinitely wise maker; all the servants of one sovereign master, sent into the world by his order and about his business, they are his property whos workmanship they are, made to last during his, not one anothers pleasure.“

<sup>283</sup> Siehe auch *Lohmann*, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, S. 62 (77): Die Vorstellung angeborener Menschenrechte ist „im hohen Grade erstens speziezistisch, zweitens unhistorisch und drittens von der metaphysischen oder theologischen Annahme eines absoluten Wertes der Vernunft oder des Menschen abhängig, die zu akzeptieren heute von vielen nicht nachvollzogen werden kann.“

schen Grundsätzen in Konflikt.<sup>284</sup> Subjektive Rechte dürfen „einem souveränen Gesetzgeber nicht gleichsam paternalistisch übergestülpt werden.“<sup>285</sup> Sie entstehen nach hier vertretener Ansicht stattdessen durch staatliche Setzung. Dadurch ist jedes subjektive Recht Teil der objektiven staatlichen Rechtsordnung und wird nicht etwa vom Staat vorgefunden und dann geschützt oder durchgesetzt.<sup>286</sup> Diese Ausrichtung und die Vorstellung nur staatlich „verliehener“ Rechte ist keineswegs übertrieben positivistisch oder autoritär: Erstens ist nicht ausgeschlossen, die dem Einzelnen zukommende Rechtsposition aus *moralischer* Sicht zu kritisieren, zweitens speist sich die Legitimität des objektiven Rechts aus dem demokratischen Gedanken und drittens ist aus *verfassungsrechtlicher* Perspektive auch der demokratische Gesetzgeber nicht frei in seinem Umgang mit den Individualrechten, sondern Beschränkungen durch die Grundrechte des GG unterworfen.<sup>287</sup> Aus rechtstheoretischer Sicht bleibt es jedoch bei der Ablehnung vorstaatlicher oder angeborener Rechte.

Für den rechtfertigenden Notstand folgt daraus, dass der Gedanke, dass Menschen subjektive Rechte haben, durch die Existenz des § 34 StGB nicht beeinträchtigt wird.<sup>288</sup> Das positive Recht räumt dem Einzelnen zwar ebenfalls freiheitsoptimierende<sup>289</sup> subjektive Rechte ein, doch bedeutet dies nicht, dass ihm diese Rechte absolut und schrankenlos zustehen.<sup>290</sup> Vielmehr können subjektive Rechte bzw. ihre Ausübung eingeschränkt werden, ohne dass sie dadurch ihre Qualität als subjektives Recht verlieren. Nicht jede Beschränkung eines subjektiven Rechts ist zugleich eine Verletzung. Das ist im Verfassungsrecht Ausdruck der Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 1 GG und zieht sich durch die gesamte Rechtsordnung. Trotzdem ist der Einzelne dem Zugriff des Staates oder der Allgemeinheit nicht schutzlos ausgeliefert. Das subjektive Recht zwingt vielmehr dazu, Einschränkungen zu begründen, Grenzen der Einschränkbarkeit einzuhalten und ermächtigt den Einzelnen dazu, sich gegen möglicherweise verfassungs- oder rechtswidrige Eingriffe gerichtlich zur Wehr zu setzen (Art. 19 Abs. 4 GG). Verabschiedet man sich von der Vorstellung vorstaatlicher Rechte, bestehen hinsichtlich der Gewährleistung subjektiver Rechte keine Bedenken gegen § 34 StGB.

Was den Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand angeht, so zeigt sich in dem Zusammenhang, weshalb *Kelsen* angeborene Rechte als eine „in ihrer letzten Konsequenz das positive Recht zersprengende Theorie“<sup>291</sup> bezeichnete. Beispielsweise *Helmers* und *Greco* beziehen den rechtfertigenden Notstand auf den

<sup>284</sup> Zu einem Versuch der Auflösung dieses Konflikts nochmals *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 161 ff.

<sup>285</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung (Nachwort), S. 670.

<sup>286</sup> Allgemein *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 46 I.

<sup>287</sup> Eine Anbindung der Unterscheidung zwischen erworbenen und angeborenen Rechten an das Verfassungsrecht versucht *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (46 f.).

<sup>288</sup> Anders die Problemstellung bei *Greco*, ZStW 123 (2022), 1 ff.

<sup>289</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 2 Rn. 66.

<sup>290</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 43 V.

<sup>291</sup> *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 161 f.

Schutz vorpositiver Rechte.<sup>292</sup> Weil der Staat laut *Helmers* allein zum Schutz und zur Durchsetzung der vorstaatlichen Rechte berufen ist,<sup>293</sup> gilt ein Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB auch allenfalls dann, wenn dieser die Durchsetzung dieser vorpositiven Rechte bewirkt. Und dies wiederum führt dazu, dass dem positiven Recht nur dann gefolgt wird, wenn dessen Ergebnis mit einem bereits feststehenden Maßstab – Schutz angeborener Rechte – vereinbar ist. Dabei handelt es sich zwar „nur“ um einen Anwendungsfall der allgemeinen Funktion des § 34 StGB als Brücke zwischen Recht und Moral,<sup>294</sup> doch wird deutlich, wie die Vorstellung natürlicher Rechte in der Tat das positive Recht „zersprengt“.

Relativismus, Pluralismus und Demokratie führen also zur Ablehnung der Vorstellung angeborener Rechte und für das Verhältnis zwischen Recht und Staat dazu, dass es *kein Recht ohne Staat* gibt.

### c) Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB

Zu den unmittelbaren Auswirkungen der vorstehenden Überlegungen auf das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren: Außerhalb des staatlichen Rechts gibt es keine allgemein-verbindlichen Maßstäbe zur Auflösung möglicher oder akuter Interessenskonflikte. Deshalb braucht es verbindliche Entscheidungen des Staates, die für Rechtssicherheit sorgen. Diese Entscheidungen sind unabhängig davon verbindlich, ob sie mit moralischen Normen oder einem „Volkswillen“ vereinbar sind. Im Verhältnis der Bürger untereinander ist demgegenüber keine Ansicht „objektiv besser“ als die andere. Daher darf der eine Bürger seine Ansicht dem anderen nicht gewaltsam aufzwingen. Allein maßgeblich ist vielmehr die staatliche Entscheidung. Solche staatlichen Entscheidungen verwirklichen im demokratischen Rechtsstaat des GG zudem Freiheit und Gleichheit der Bürger. Hier wird die Entscheidungskompetenz innerhalb demokratischer Verfahren und unter den internen und externen Beschränkungen des GG ausgeübt. All das gilt nun sowohl allgemein als auch innerhalb des rechtfertigenden Notstands.<sup>295</sup> Auch und gerade der Notstandstäter läuft Gefahr, sowohl dem konkreten Eingriffsoffer als auch der Allgemeinheit seine eigene Meinung über die „richtige“ Auflösung des Konflikts als die „bessere“ aufzudrängen und sich damit zum individuellen Gesetzgeber über andere aufzuschwingen.<sup>296</sup> Damit bestätigt sich ein Teil der obigen Arbeitshypothese (oben 2.c)). Das vermeidet ein Vorrang staatlicher Entscheidungen als Bestandteil des Vorrangs staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand.<sup>297</sup>

<sup>292</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (38 ff.); *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 114 ff., 248 ff.

<sup>293</sup> Oben C. Fn. 277.

<sup>294</sup> Dazu oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.

<sup>295</sup> Vgl. auch *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (337 ff.).

<sup>296</sup> Vgl. auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 222 f.; siehe auch *Nourse*, University of Pennsylvania Law Review 151 (2003), 1691 (1703 ff., insbesondere 1710 ff.).

<sup>297</sup> Ähnliche Gedanken finden sich auch in der Literatur. So begründet wie erwähnt *Pawlik* den

Die genaue Ausgestaltung dieses Vorrangs wird an späterer Stelle erörtert.<sup>298</sup> Drei Auswirkungen seien jedoch bereits hervorgehoben: Der Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB gilt erstens auch und v. a. für aus Sicht des Täters unliebsame Entscheidungen. Das führt in allen Fällen, in denen das vom Notstandstäter bezweckte Ergebnis (bewusst) *nicht* als Ergebnis eines staatlichen Verfahrens erreicht werden kann, dazu, dass eine Rechtfertigung nach § 34 StGB ebenfalls nicht möglich ist.<sup>299</sup> Zweitens bedingt die rechtstheoretische Fundierung des Vorrangs staatlicher Entscheidungen, dass in Fällen, in denen eine Entscheidung der konkret zuständigen Stelle *nicht* vorliegt, eine solche herbeigeführt werden muss. Das Nicht-Vorliegen einer staatlichen Entscheidung ändert nichts daran, dass ohne eine solche Entscheidung der Konflikt nicht aufgelöst werden kann und zu vermeiden ist, dass der eine dem anderen seine Ansicht als die „bessere“ aufzwingt. Mithin besteht eine Pflicht zur Verfahrenseinleitung, deren Einzelheiten noch zu klären sind.<sup>300</sup> Schließlich ergaben sich drittens Anhaltspunkte für mögliche Grenzen eines staatlichen Entscheidungsvorrangs. So ist aus rechtstheoretischer Sicht an die beiden Formeln *Radbruchs* oder an die Grenzen der Pflicht zum Gehorsam gegenüber ungerechten Gesetzen bei *Rawls* zu denken. Allerdings wird hier die Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis und dem notstandsinternen Verhältnis wichtig: Über die äußersten Grenzen der Rechtsgeltung wird in der Regel nicht innerhalb des zur Rechtsordnung gehörenden rechtfertigenden Notstands verhandelt. Daher können die rechtstheoretischen Grenzen des allgemeinen Vorrangs staatlicher Entscheidungen innerhalb des § 34 StGB unberücksichtigt bleiben. Wichtiger sind die verfassungsrechtlichen Grenzen demokratischer Entscheidungsfreiheit und die verschiedenen Fehlerfolgen. Wie sich diese auswirken, wird ebenfalls an späterer Stelle erarbeitet.<sup>301</sup>

#### *dd) Anwendungsfall ziviler Ungehorsam*

Die Überlegungen zum Vorrang staatlicher Entscheidungen harren noch ihrer Ergänzung durch eine Untersuchung der Durchsetzungsdimension (unten 4.) und des

---

Primat der Institutionen v. a. mit dem Schutz der Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers (*Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 f., 218 ff.; ebenso *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (72 ff.)). Auch *Thorburn* stellt v. a. auf die Verteilung von Entscheidungsbefugnissen ab (*Thorburn*, Yale Law Journal 117 (2008), 1070 (1125 ff. und passim); *ders.*, Criminal Law and Philosophy 5 (2011), 259 (270); ebenso z. B. *Y. Lee*, Criminal Law and Philosophy 3 (2009), 133 (140 ff.)). Aber auch dem Merkmal der vorrangigen gesetzgeberischen Entscheidungen, wie es etwa bei *Roxin/Greco* zu finden ist, beruht auf ähnlichen Erwägungen (*Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 51 ff.). Weitere vergleichbare Überlegungen bei *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (569 ff.); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (85 ff.); *Renzikowski*, Notwehr und Notstand, S. 253; LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 162. Das nachfolgende Kapitel wird jedoch ergeben, dass vorliegend andere Schlüsse aus diesem Entscheidungsvorrang gezogen werden als in der Literatur.

<sup>298</sup> Siehe unten E.III, S. 368 ff.

<sup>299</sup> Anders alle, die den Vorrang staatlicher Verfahren als Frage der Nicht-anders-Abwendbarkeit verstehen, siehe oben B.III.2, S. 55 ff. und C.IV.2.b)bb), S. 175 ff. m. N.

<sup>300</sup> Siehe unten E.III.2.a)bb)(3), S. 379 ff. m. N.

<sup>301</sup> Unten E.III.2.b), S. 383 ff.

Verfahrensaspekts (unten III.), bevor sie im nächsten Kapitel zu konkreten Maßstäben für die Rechtsanwendung ausgearbeitet werden. Ihre Auswirkungen lassen sich allerdings bereits an dieser Stelle anhand der rechts- und demokratietheoretischen Dimension des zivilen Ungehorsams illustrieren.<sup>302</sup> Fraglich ist die Möglichkeit einer rechtlichen Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams vor dem Hintergrund der soeben angestellten rechts- und demokratietheoretischen Erwägungen.

Akte zivilen Ungehorsams richten sich entweder unmittelbar oder mittelbar<sup>303</sup> gegen eine aus Sicht des positiven Rechts *legale* staatliche Entscheidung, die der Täter für falsch (*illegitim*) hält.<sup>304</sup> Es geht um eine „Diskrepanz von juristischer Form und (rechts-)politischer Zielsetzung“<sup>305</sup>. Die Bewertung einer staatlichen Maßnahme als falsch setzt eine Norm voraus, anhand derer die Maßnahme beurteilt werden kann.<sup>306</sup> Solange das Verhalten des Täters sich im Bereich des Habens oder Äußerns eines solcherlei begründeten Werturteils befindet, ist dies grundrechtlich geschützt und für die Demokratie wünschenswert.<sup>307</sup> Problematisch wird es, wenn ein sich auf dieses Werturteil stützendes Verhalten die Voraussetzungen eines Straftatbestands erfüllt. Voraussetzung einer rechtlichen Rechtfertigung der Tat ist dann ein das Ge- oder Verbot überstimmendes „besseres Recht“ des Täters.<sup>308</sup> Im Fall des unmittelbaren Verstoßes gegen die aus Sicht des Täters falsche Entscheidung müsste dieses bessere Recht die Unverbindlichkeit der Entscheidung für den Täter begründen. Beim mittelbaren zivilen Ungehorsam bedürfte es zu einer Rechtfertigung einer gesonderten Norm, wonach der Verstoß gegen ein Ge- oder Verbot gerechtfertigt ist, wenn er erfolgt, um gegen eine für fehlerhaft gehaltene andere staatliche Entscheidung zu protestieren. Dass § 34 StGB hierfür jeweils nicht in Betracht kommt, begründen nun Argumente, die sich zunächst auf den unmittelbaren zivilen Ungehorsam beziehen.

Aus dem Werterelativismus folgt, dass es ein gegenüber einer staatlichen Entscheidung „besseres Recht“ außer- und oberhalb des positiven Rechts nicht gibt.<sup>309</sup> Positiv-rechtlich *legale* staatliche Entscheidungen gelten unabhängig davon, ob sie aus Sicht des Täters legitim sind oder nicht. Hinzu kommt ein demokratietheoretischer Gedanke: Weil es keine überpositiven Werte gibt oder solche nicht erkennbar sind, bestimmt in der Demokratie nicht die inhaltliche Qualität, sondern die formale Quantität der Stimmen darüber, was Recht ist. Dadurch wird die gleiche Freiheit aller verwirklicht. Daher kann das Urteil eines Einzelnen nicht „richtiger“ als die

<sup>302</sup> Siehe zur dogmatischen Ebene oben B.III.3.b)aa), S. 63 ff. und unten E.III.3.a)bb), S. 400 ff.

<sup>303</sup> Zur Unterscheidung nochmals Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 401.

<sup>304</sup> Zur Definition nochmals BVerfGE 73, 206 (250).

<sup>305</sup> Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (330).

<sup>306</sup> Allgemein Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 17 ff.

<sup>307</sup> Frankenberg, JZ 1984, 266 (273); Habermas, in: Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 29 (32 und 38 f.); ders., *Faktizität und Geltung*, S. 462 ff.; Wassermann, JZ 1984, 263 (264); vgl. auch Ralf Dreier, FS Scupin, S. 573 (599).

<sup>308</sup> Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (338 f.).

<sup>309</sup> Siehe auch für den zivilen Ungehorsam Hassemer, FS Wassermann, S. 325 (340); vgl. auch Sommermann, *Der Staat* 54 (2015), 575 (584 f.).

Mehrheitsentscheidung sein.<sup>310</sup> Im Verstoß gegen eine staatliche Entscheidung als Ergebnis eines demokratischen Verfahrens liegt mithin zugleich ein Verstoß gegen die Mehrheitsregel.<sup>311</sup> Man zwingt anderen seine eigene Meinung auf;<sup>312</sup> die egalitäre Demokratie wird zur elitären Oligarchie.<sup>313</sup> Ziviler Ungehorsam, der sich *unmittelbar* gegen eine für illegitim gehaltene Entscheidung richtet, ist also unvereinbar mit Relativismus und Mehrheitsprinzip.

Dasselbe gilt für die praktisch bedeutsameren Fälle *mittelbaren* zivilen Ungehorsams, in denen der Täter nicht direkt gegen eine für illegitim erachtete Entscheidung verstößt, sondern eine andere Norm verletzt, um die aus seiner Sicht illegitime Entscheidung oder ihre Umsetzung zu verhindern, zu erschweren oder gegen sie zu protestieren. Der Verstoß gegen das Ge- oder Verbot könnte gerechtfertigt werden, wenn ein Rechtfertigungsgrund existierte, nach dem Taten, die sich mittelbar gegen (vermeintlich) illegitime, aber legale Entscheidungen richten und dabei einen Straftatbestand erfüllen, nicht rechtswidrig sind. Die (vermeintliche) Illegitimität einer legalen Entscheidung ist aber kein für eine *rechtliche* Bewertung einer Tat stichhaltiges Argument. Ein solcher Rechtfertigungsgrund käme ebenso in Konflikt mit dem Wertelativismus und der Mehrheitsregel wie der Akt unmittelbaren zivilen Ungehorsams. Dies gilt neben § 34 StGB auch für andere Überlegungen zu einer (rechtlichen) Rechtfertigung, etwa aus den Grundrechten.<sup>314</sup> Eine rechtliche Rechtfertigung der Akte zivilen Ungehorsams ist daher ausgeschlossen.<sup>315</sup> Bei § 34 StGB erreicht dies ein Vorrang staatlicher Entscheidungen.

<sup>310</sup> Vgl. auch *Jakobs*, AT, 15/5b; siehe zu den Klimaprotesten auch *Coca-Vila*, Res Publica 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y>, S. 1 (11 f.); *Kühne/Kühne*, StV 2023, 560 (564); siehe auch BayObLG, Beschl. v. 21.04.2023 – 205 StRR 63/23 –, juris Rn. 55.

<sup>311</sup> *Baumann*, FS Wassermann, S. 247 (256 f.); *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (336); *Karpen*, JZ 1984, 249 (259 ff.); *Kröger*, JuS 1984, 172 (175); *Saliger*, FS Popitz, S. 257 (258); *Wassermann*, JZ 1984, 263 (266); vgl. auch *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (273); *Jakobs*, AT, 15/5b; *Kröpil*, JR 2011, 283 (285); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41a; *LK/Rönnau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 142; *ders.*, JuS 2023, 112 (113); *Roxin*, FS Schüler-Springorum, S. 441 (442 und 448); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 55; *Zieschang*, JR 2023, 141 (146); vgl. weiterhin *Klein*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 19 Rn. 28; *Matz*, in: *Randelzhofer/Süb* (Hrsg.), *Konsens und Konflikt*, S. 336 (346 f.); *Müller*, *Das staatliche Gewaltmonopol*, S. 165 ff.; *Schwarz*, NJW 2023, 275 ff.; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (403); kritisch *Honer*, JuS 2023, 408 (412).

<sup>312</sup> *Karpen*, JZ 1984, 249; a. A. *Honer*, JuS 2023, 408 (412).

<sup>313</sup> *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (337); *Karpen*, JZ 1984, 249 (259); *Wassermann*, JZ 1984, 263 (266).

<sup>314</sup> Dafür *Ralf Dreier*, FS Scupin, S. 573 (590 ff.); *ders.*, in: *Glötz* (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (64–69); *ders.*, FS Wassermann, S. 299 (307–309); kritisch *Roxin*, FS Schüler-Springorum, S. 441 (448); eine Vermengung ethischer und rechtlicher Elemente kritisiert *Sommermann*, *Der Staat* 54 (2015), 575 (584 f.).

<sup>315</sup> Allgemein gegen eine Rechtfertigung aus rechtstheoretischer oder verfassungsrechtlicher Sicht *Eidam*, JZ 2023, 224 (229); *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (336 ff.); *Arthur Kaufmann*, FS P. Schneider, S. 158 (170); *Karpen*, JZ 1984, 249 (257); *Sommermann*, *Der Staat* 54 (2015), 575 (584); *Wassermann*, JZ 1984, 263 (264); differenzierend *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 (25 ff.). Aus strafrechtlicher Sicht *Matt/Renzikowski/Engländer*, Vor § 32 Rn. 46; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 256; *Fischer*, Vor § 32 Rn. 10a; *Jakobs*, AT, 15/5b; *Kröpil*, JR 2011, 283 (285); *Kühl*, AT, § 9 Rn. 110; *Lenckner*, JuS 1988, 349 (355); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41a; *Radtke*, GA 2000, 19 (28 ff.); *LK/Rönnau*, Vor

Diese rechtliche Bewertung des zivilen Ungehorsams ist von der individuellen politisch-moralischen Bewertung der Taten oder ihrer Ziele jedoch unabhängig.<sup>316</sup> Relativismus und Pluralismus „erlauben“ dem Einzelnen auch die politisch-moralische Befürwortung der Taten und eine politisch-moralische Kritik an ihrer (straf-)rechtlichen Beurteilung durch die dafür zuständigen Stellen.<sup>317</sup> Allerdings kann die von den Befürwortern des zivilen Ungehorsams propagierte Nicht-Eindeutigkeit solcher Akte „in der Schwebe zwischen Legitimität und Legalität“<sup>318</sup> auf Ebene einer naturgemäß auf Eindeutigkeit der Beurteilung abzielenden *rechtlichen* Rechtfertigung nicht aufgefangen werden<sup>319</sup> – so wird diese Schwebe ja erst begründet.<sup>320</sup>

#### 4. Vorrang staatlicher Durchsetzungstätigkeit

##### a) Einleitung

Während die vorstehenden Überlegungen das Verhältnis zwischen Staat und Bürger bzgl. der Entscheidung über die für eine Gemeinschaft geltenden Grundsätze menschlichen Zusammenlebens und die Auflösung möglicher oder tatsächlicher Interessenskonflikte betrafen, wendet sich der nun folgende Unterabschnitt der Umsetzung dieser Entscheidungen in die Wirklichkeit, d. h. der Durchsetzungsdimension zu. Fraglich ist, wie im demokratischen und den Grundrechten verpflichteten Rechtsstaat des GG die Kompetenzen zur Durchsetzung einer Entscheidung zwischen Staat und Bürger verteilt sind und wie sich diese Kompetenzverteilung auf § 34 StGB auswirkt. Den Schwerpunkt der folgenden Ausführungen bildet dabei eine Analyse und Kritik des staatlichen Gewaltmonopols (unten c)). Zuvor müssen jedoch

---

§§ 32 ff. Rn. 142; *Roxin*, FS Schüler-Springorum, S. 441 ff.; *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 55; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (403). Aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols *Isensee*, FS Sendlar, S. 38 (53 f. und 60 ff.); *Kröger*, JuS 1984, 172 (174 f.); *Matz*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (345 ff.); *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 44 f.; *Müller*, Das staatliche Gewaltmonopol, S. 165 ff.; *Scholz*, NJW 1983, 705 ff.; *Schwarz*, NJW 2023, 275 ff.; a. A. in dieser Hinsicht *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1303); *Leitmeier*, HRRS 2023, 70 ff.; kritisch *Botta*, VerwArch 114 (2023), 206 (237 ff.).

<sup>316</sup> Vgl. *Botta*, VerwArch 114 (2023), 206 (237 ff.); *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (331 f. und 344 ff.); *Kröpil*, JR 2011, 283; *Radtke*, GA 2000, 19 (23).

<sup>317</sup> Auf dieser Ebene positiv gegenüber zivilem Ungehorsam *Botta*, VerwArch 114 (2023), 206 (237 ff.); *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (273 ff.); *Habermas*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29 ff.; *ders.*, Faktizität und Geltung, S. 464; *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 409–413 (zu Bedenken gegen die Übertragbarkeit auf die deutsche Strafrechtsdogmatik *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (328 f.); *Arthur Kaufmann*, FS P. Schneider, S. 158 (169 f.); *Radtke*, GA 2000, 19 (23 f.); zu Zweifeln daran, dass *Rawls* die Thesen auch nach „Political Liberalism“ noch vertritt, siehe *Höffe*, Gerechtigkeit denken, S. 111); vgl. auch *Honer*, JuS 2023, 408 (413); *Saliger*, FS Popitz, S. 257 ff.

<sup>318</sup> *Habermas*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29 (51); vgl. auch *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (270); *Karpen*, JZ 1984, 249 (256).

<sup>319</sup> Vgl. auch *Honer*, JuS 2023, 408 (410).

<sup>320</sup> Für eine Lösung in der Strafzumessung oder durch die §§ 153 ff. StPO *Honer*, JuS 2023, 408 (413); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 41a; *Radtke*, GA 2000, 19 (32); *LK/Rönau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 145; siehe auch *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 (36 ff.).

einige Begrifflichkeiten geklärt werden (sogleich b)). Im Anschluss an die Auseinandersetzung mit dem staatlichen Gewaltmonopol fragt sich, ob bereits aus der Entscheidungsdimension Vorgaben für die Durchsetzungsdimension folgen (unten d)). Am Ende werden die Schlussfolgerungen aus alledem zusammengefasst (unten e)).

### b) Begriffsklärung und Relevanz für § 34 StGB

Rechtsdurchsetzung ist der Anschluss von Rechtsentscheidungen an die realen Verhältnisse, d. h. die Vermittlung zwischen Sollen und Sein.<sup>321</sup> Zwar ist auch die Rechtsdurchsetzung selbst Gegenstand rechtlicher Entscheidungen, doch kann zwischen solchen Entscheidungen, die den Inhalt der Rechtsdurchsetzung betreffen (Rechtsinhaltsrecht) und solchen, die sich auf die Art und Weise der Durchsetzung selbst beziehen und deren Rahmen regeln (Rechtsdurchsetzungsrecht) unterschieden werden.<sup>322</sup> Ein Rechtsdurchsetzungsakt verwirklicht sowohl das einschlägige Rechtsinhaltsrecht als auch das Rechtsdurchsetzungsrecht.<sup>323</sup> Bezieht sich die Rechtsdurchsetzung auf subjektive Rechte, geht es um Rechtsschutz. Zwar wird Rechtsschutz oft auch im Sinne einer Verteidigung *gegen* eine (staatliche) Rechtsdurchsetzung relevant, doch setzt auch das wiederum subjektive Rechte in Form von Abwehrrechten *gegen* eine staatliche Tätigkeit durch. Rechtsschutzverfahren sind also immer auch Rechtsdurchsetzungsverfahren.<sup>324</sup>

Weder Rechtsdurchsetzung noch Rechtsschutz beziehen sich begriffsnotwendig auf den Staat. Private Rechtsdurchsetzung ist nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>325</sup> Eine Verbindung zwischen Staat und Rechtsdurchsetzung bzw. Rechtsschutz scheint jedoch ein weiterer Begriff zu schaffen: das staatliche Gewaltmonopol.<sup>326</sup> Kommt dem Staat das „Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit“<sup>327</sup> zu, ist damit private Rechtsdurchsetzung oder privater Rechtsschutz (Selbsthilfe)<sup>328</sup> auf den ersten Blick ausgeschlossen.<sup>329</sup> Legt man beide Begriffe – Gewaltmonopol und Rechtsdurchsetzung – übereinander, wird allerdings deutlich, dass sich der Anwen-

<sup>321</sup> Waldhoff, Staat und Zwang, S. 16 ff.; ders., in: GVwR II, § 44 Rn. 6 f.

<sup>322</sup> Waldhoff, Staat und Zwang, S. 14; ders., in: GVwR II, § 44 Rn. 1 f.; vgl. auch Poscher, VerwArch 89 (1998), 111 (113 ff.).

<sup>323</sup> Vgl. auch zur Rechtsanwendung Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 240 f.

<sup>324</sup> Vgl. W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 23; Waldhoff, in: GVwR II, § 44 Rn. 20; vgl. außerdem auch Lagodny, GA 1991, 300 (309 ff.); Lorenz, AöR 105 (1980), 623 (638 f.).

<sup>325</sup> Waldhoff, Staat und Zwang, S. 31 ff.; ders., in: GVwR II, § 44 Rn. 14.

<sup>326</sup> Burr, JR 1996, 230; Isensee, in: HStR II, § 15 Rn. 88; ders., FS Eichenberger, S. 23 (25); Lassahn, AöR 143 (2018), 471 (488); Matz, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (341); Merten, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (330 f.); Müller, Das staatliche Gewaltmonopol, S. 111; Randelzhofer, in: HStR II, § 17 Rn. 40; Scholz, NJW 1983, 705 ff.; vgl. auch Landau NSTz 2007, 121 (126 f.).

<sup>327</sup> Begriff von M. Weber, Politik als Beruf, S. 6; näher dazu sogleich.

<sup>328</sup> Zum Selbsthilfebegriff W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 23 ff.

<sup>329</sup> Exemplarisch Grimm, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1300); Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56 f. und passim; Werner, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 6 ff., 10.

dungsbereich des Gewaltmonopols mit dem der Rechtsdurchsetzung nur überschneidet, wenn Rechtsdurchsetzung mit der *Ausübung physischen Zwangs* verbunden ist.<sup>330</sup> Zwang ist jede unmittelbare physische Einwirkung auf Personen oder Sachen, die gegen den Willen des Berechtigten erfolgt.<sup>331</sup> Nicht jede Rechtsdurchsetzung im Sinne des Anschlusses einer Entscheidung an die Wirklichkeit erfolgt jedoch zwangsweise.<sup>332</sup> Nur die *zwangsweise* Rechtsdurchsetzung ist daher vom staatlichen Gewaltmonopol erfasst.<sup>333</sup> Dieses stellt allein einen Ausschnitt eines etwaigen allgemeinen staatlichen Rechtsschutz- oder Rechtsdurchsetzungsmonopols dar.<sup>334</sup>

Für § 34 StGB folgt daraus, dass das staatliche Gewaltmonopol allenfalls bei Eingriffen in individuelle Rechtsgüter relevant wird, nicht jedoch, wenn auf Eingriffsseite ein kollektives Rechtsgut steht. Mit Blick auf die Arten der sich gegenüber stehenden Rechtsgüter (Individual-/Kollektivrechtsgut auf Eingriffs-/Erhaltungsseite) fällt daher die Hälfte der Fallgruppen bei § 34 StGB nicht in den Anwendungsbereich des Gewaltmonopols. Dass es trotzdem den Schwerpunkt der folgenden Überlegungen bildet, liegt daran, dass das Gewaltmonopol in der Literatur zu § 34 StGB eine wichtige Rolle spielt<sup>335</sup> und sich die Erkenntnisse hierzu auf ein mögliches allgemeines staatliches Rechtsdurchsetzungsmonopol übertragen lassen.

Anders als andere Rechtfertigungsgründe (wie etwa § 127 StPO oder § 229 BGB) ordnet man den rechtfertigenden Notstand in der Regel *nicht* als private Rechtsdurchsetzung ein. § 34 StGB setze, so die gängige Auffassung, keinen materiell-rechtlichen Anspruch durch, sondern *begründe* eine solidarische Aufopferungspflicht.<sup>336</sup> Jedenfalls *funktional* lässt sich aber auch dem rechtfertigenden Notstand ein Element der Rechtsdurchsetzung entnehmen.<sup>337</sup> Der Notstandstäter verwirklicht mit seiner

<sup>330</sup> Für Deckungsgleichheit zwischen Rechtsdurchsetzung und Zwanganwendung dagegen W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 26.

<sup>331</sup> Zum Gewaltbegriff des Gewaltmonopols *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 (24f.); *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 87f.; *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 10; *Merten*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 ff.

<sup>332</sup> Dass ein Großteil der Rechtsverwirklichung nicht zwangsweise erfolgt, sondern die Funktion (staatlichen) Zwangs hauptsächlich in dessen Drohpotenzial liegt, ist bekannt, siehe *Baldus*, FS Bull, S. 3 (6); *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 89; *ders.*, FS Eichenberger, S. 23 (25); *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29f.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (331); *Poscher*, VerwArch 89 (1998), 111 (117f.); *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 15; *ders.*, in: GVvR II, § 44 Rn. 3.

<sup>333</sup> *Waldhoff*, in: GVvR II, § 44 Rn. 14 und 44; vgl. auch *Baldus*, FS Bull, S. 3 (6); *Baumann*, FS Wassermann, S. 247 (255f.); *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1300); *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 6 ff.

<sup>334</sup> Differenzierend auch *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 6; vgl. für ein etwaiges staatliches Gefahrenabwehrmonopol *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 127; für ein staatliches Rechtsschutzmonopol *Lorenz*, AöR 105 (1980), 623 (625f., 642); für ein Vollstreckungsmonopol des Staates *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 8.

<sup>335</sup> Siehe oben D. Fn. 21 und unten D.II.4.c)cc(1), S. 276 ff.

<sup>336</sup> *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 191 ff.

<sup>337</sup> Deutlich z. B. bei *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 ff.; *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 (451); vgl. allgemein *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 33; *ders.*, in: GVvR II, § 44 Rn. 15; *Werner*, Gewaltmo-

Tat den abstrakt-rechtlichen Schutz des Erhaltungsinteresses und setzt v. a. eine Entscheidung (seine eigene oder eine staatliche oder beide) über die Auflösung des Konflikts zwischen Erhaltungs- und Eingriffsinteresse durch. Diese Durchsetzungsfunktion wird auch in den beschriebenen Beispielfällen deutlich: Tierschutzaktivisten wollen den Vorgaben des TierSchG (Tierschützer-Fall I) oder ihren eigenen Vorstellungen über artgerechte Tierhaltung (Tierschützer-Fall II) zur Durchsetzung verhelfen,<sup>338</sup> die privaten Kontaktpersonen der Polizei das BtMG durchsetzen,<sup>339</sup> die Klimaschützer ihre klimapolitischen Vorstellungen verwirklichen<sup>340</sup> usw. Aufgrund dieser Durchsetzungsfunktion des § 34 StGB könnte die allgemeine Verteilung der Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger auch für § 34 StGB relevant sein.

### c) Das Gewaltmonopol des Staates

#### aa) Begriff und Entwicklung

##### (1) Gewaltmonopol, Friedenspflicht, Schutzpflicht

Kennzeichen eines Staates ist nach verbreiteter Ansicht, dass er, in der Formulierung *Max Webers*, das „Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht.“<sup>341</sup> Dem Staat komme die *ausschließliche* Befugnis zur Androhung und

---

monopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 12 ff.; damit ist nicht gesagt, dass § 34 StGB ein mit § 32 StGB vergleichbares Rechtsbewährungselement besäße, vgl. nur *Kühl*, AT, § 8 Rn. 1; gegen eine von § 34 StGB verliehene „Rechtsdurchsetzungsbefugnis“ *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 287.

<sup>338</sup> Dazu oben B.II.3.a), S. 25 ff.

<sup>339</sup> Dazu oben B.II.3.c), S. 33 ff.

<sup>340</sup> Dazu oben B.III.3.b)aa)(2), S. 66 ff.

<sup>341</sup> *M. Weber*, Politik als Beruf, S. 6. Zum staatlichen Gewaltmonopol aus der zeitgenössischen Literatur *Baldus*, FS Bull, S. 3 ff.; *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 101 ff.; *Faller*, FS Geiger, S. 3 ff.; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 ff.; *Gusy*, DÖV 1996, 573 (575 ff.); *Hammer*, DÖV 2000, 613 ff.; *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 ff.; *ders.*, FS Sandler, S. 39 (46 ff.); *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 83 ff.; *ders.*, in: HStR IX, § 190, Rn. 129 ff.; *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (113 ff.); *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19; *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 8 ff.; *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang, S. 55 ff.; *ders.*, Der Staat 44 (2005), 265 ff.; *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (483 ff.); *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 78 ff.; *Matz*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 ff.; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29 ff., 41 ff., 56 ff.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 ff.; *Möllers*, Staat als Argument, S. 272 ff.; *Müller*, Das staatliche Gewaltmonopol, 2007; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 102 ff.; *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 ff.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 181 ff.; *ders.*, Ratio Juris 29 (2016), 311 ff.; *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 80 ff.; *Scholz*, NJW 1983, 705 (insbesondere 707 ff.); *Schulte*, DVBl 1995, 130 (131 ff.); *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, 1999; *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 ff.; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 9 I; siehe auch BVerfGE 54, 277 (292); 69, 315 (360); 123, 267 (358). Aus dem Strafrecht etwa *Arzt*, FS Schaffstein, S. 77 ff.; *Burr*, JR 1996, 230 ff.; *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 ff.; *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 107 ff.

Anwendung körperlichen Zwangs zu.<sup>342</sup> Innerhalb des Staates existiere kein originäres privates Recht auf Gewaltsamkeit, sondern alle legitime Gewaltsamkeit habe vom Staat auszugehen. Werde im Staat Gewalt ausgeübt, dürfe dies nur durch staatliche Organe oder aufgrund staatlicher Gestattung erfolgen.<sup>343</sup> Als institutionalisierte Überwindung des Bürgerkriegs sichere der Staat den inneren Frieden, indem er keine gleichberechtigten Kombattanten neben sich dulde, und Instrument dieser Friedenssicherung sei das Gewaltmonopol.<sup>344</sup> Dass es sich dabei um eine zentrale Eigenschaft des Staates handeln soll, zeigt etwa *Detlef Merten*: „Das Gewaltmonopol gehört zu den vitalen Lebensinteressen des Staates. Jede Beeinträchtigung ist mit einer Gefährdung der Staatlichkeit verbunden.“<sup>345</sup> Oder *Josef Isensee*: Der Staat „steht und fällt damit, dass er das Gewaltmonopol gegenüber nichtstaatlichen Kräften effektiv behauptet“.<sup>346</sup>

Gewaltmonopol des Staates bedeute Gewaltverbot und Friedenspflicht für die Bürger. Weder im Verhältnis zum Staat noch im Verhältnis untereinander sei es den Bürgern erlaubt, Gewalt anzuwenden.<sup>347</sup> Diese Friedenspflicht sei eine „Grundpflicht des Bürgers“, die „jeder anderen Pflicht und jedem Recht der staatlichen Ordnung voraus“<sup>348</sup> liege. Den Bürgern seien Anwendung und Androhung körperlicher Gewalt verwehrt und Konflikte in den Bahnen des Rechts auszutragen.<sup>349</sup> Zum Ausgleich für diese Friedenspflicht komme dem Staat eine Schutzpflicht zugunsten der Bürger zu.<sup>350</sup> Zwischen der Friedenspflicht der Bürger und dem staatlichen Gewalt-

<sup>342</sup> *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 86; *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 131; vgl. auch *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 79; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 31: „Der Einsatz körperlichen (physischen) Zwanges ist das absolute Vorrecht des Staates.“; vgl. außerdem *Faller*, FS Geiger, S. 3; *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 2 f.; *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, 7 f.

<sup>343</sup> *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (3333 f.); vgl. auch *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 127 f.; *Faller*, FS Geiger, S. 3; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1302 f.); *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (115).

<sup>344</sup> *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 83–86; *ders.*, FS Eichenberger, S. 23 (26); *ders.*, FS Sandler, S. 38 (48); vgl. auch *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 32 ff.

<sup>345</sup> *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 33; vgl. auch *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (327).

<sup>346</sup> *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 86.

<sup>347</sup> *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 (26); *ders.*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 23 ff.; *ders.*, FS Sandler, S. 38 (48); *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 93; *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 132; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 41 ff. und 56 ff.; vgl. auch *Burr*, JR 1996, 230 (231); *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 3; *Kröger*, JuS 1984, 172 ff.; *Scholz*, NJW 1983, 705 (708); *Schulte*, DVBl 1995, 130 (132); zur Rekonstruktion der Friedenspflicht als Ausfluss eines Ausschließlichkeitsrechts des Staates am Recht auf physischen Zwang auch *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 11.

<sup>348</sup> *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 93; vgl. auch *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 132.

<sup>349</sup> *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 93.

<sup>350</sup> *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 (26); *ders.*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 36 f.; *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 91 ff.; vgl. auch *Burr*, JR 1996, 230 (231); *Faller*, FS Geiger, S. 3 (17 f.): Komplementärbegriffe; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1301): Tauschverhältnis; *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 4 und

monopol stehe als „strenges Junktim“<sup>351</sup> die Pflicht des Staates, einen effektiven Rechtsschutzapparat zur Verfügung zu stellen. Bei einer Störung dieses Bedingungsverhältnisses falle das Recht zur Gewaltausübung wieder an den Privaten zurück.<sup>352</sup>

## (2) Hintergründe und Entwicklung

Die historisch-tatsächliche Entwicklung hin zu einem Gewaltmonopol des Staates<sup>353</sup> braucht hier nicht vertieft zu werden. Die übliche Darstellung geht von einer schrittweisen Entmachtung selbstständiger privater Gewaltträger und einer Konzentration der Gewaltbefugnisse bei einer zentralen Stelle – beim „Staat“ – im Mittelalter aus.<sup>354</sup> Im Gegenzug hatte dieser „Staat“ für Sicherheit und Schutz seiner Untertanen zu sorgen.<sup>355</sup> Die historische Entwicklung scheint also dem beschriebenen Verständnis von Gewaltmonopol, Friedenspflicht und Schutzpflicht Recht zu geben.<sup>356</sup>

Für die Zwecke dieser Arbeit wichtiger sind die ideengeschichtlichen Hintergründe des Gewaltmonopols. Seine Grundlage bilden die Überlegungen bei *Thomas Hobbes* und *Jean Bodin*.<sup>357</sup> Für *Hobbes* ist die Zentralisierung aller Gewalt beim Staat ein Mittel zur Überwindung des kriegerischen Naturzustands (siehe oben 2.b)).<sup>358</sup> Bislang noch unerwähnt blieb die von *Bodin* geprägte Vorstellung eines mit innerer und äußerer Souveränität ausgestatteten<sup>359</sup> Staates,<sup>360</sup> die mit dem staatlichen Gewaltmo-

---

20 f.; *Landau*, NStZ 2007, 121 (127); *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 102; *Gusy*, DÖV 1996, 573 (577): Leistungsaustausch; *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 84; *Schulte*, DVBl 1995, 130 (132 f.); *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 11 f.

<sup>351</sup> *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 9.

<sup>352</sup> *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1301).

<sup>353</sup> Dazu ausführlich *Müller*, Das staatliche Gewaltmonopol, S. 3–108; siehe auch *Becker*, NJW 1995, 2077 ff.; *Faller*, FS Geiger, S. 3 (5 ff.); *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1299 ff.); *Hammer*, DÖV 2000, 613 (616); *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (269 ff.); *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 23 ff.; zur (historisch späteren) Institutionalisierung einer staatlichen Polizei in England *Thorburn*, University of Toronto Law Journal 60 (2010), 425 (432–434).

<sup>354</sup> Weiter zurück geht die Darstellung von *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 2 f. m. w. N.

<sup>355</sup> *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1300); zur staatlichen Rechtsdurchsetzung *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 23 ff.; differenzierte Darstellung bei *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (317 ff.).

<sup>356</sup> Mit guten Gründen kritisch zur historischen Darstellung und deren argumentativer Verwendung *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 6; *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (314 und 321); allgemein *Möllers*, Staat als Argument, S. 214 ff.

<sup>357</sup> Zur Ideengeschichte *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 104 ff.; *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (269 ff.); *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (320).

<sup>358</sup> Vgl. nur *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 3 ff.; *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 85, 91.

<sup>359</sup> Souveränität wird hier als Eigenschaft des Staates verstanden, nicht mit dem Staat gleichgesetzt, vgl. dazu *Randelzhofer*, in: HStR II § 17 Rn. 35.

<sup>360</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 8, S. 122 ff.; dazu auch *Quaritsch*, Staat und Souveränität, S. 243 ff.

nopol eng verknüpft ist.<sup>361</sup> Ähnlich wie *Hobbes* nach dem englischen Bürgerkrieg (1642–1649) stand *Bodin* infolge der französischen Hugenottenkriege (1562–1598) und der sich abzeichnenden religiösen bzw. konfessionellen Spaltung auf dem Standpunkt, dass Konflikte nur durch eine überlegene weltliche Mächteinheit behoben werden können.<sup>362</sup> Souveränität bedeutete für *Bodin* die hierzu erforderliche höchste und absolute Befehlsgewalt innerhalb eines Verbandes, welche nur Gott und den Gesetzen der Natur unterworfen ist.<sup>363</sup> Der Souverän unterliege weder den Gesetzen oder Befehlen eines Dritten,<sup>364</sup> noch seien seine Gesetze und Befehle von der Zustimmung anderer abhängig.<sup>365</sup> Hauptmerkmal der Souveränität sei die „Machtvollkommenheit, Gesetze für alle und für jeden Einzelnen zu erlassen, und zwar [...] ohne dass irgendjemand [...] zustimmen müsste.“<sup>366</sup> Wengleich der Souveränitätsbegriff sich nach *Bodin* weiterentwickelte,<sup>367</sup> ist diese Vorstellung des Zu-höchst-Seins des Staates auch heute noch wesentlich für die staatliche Souveränität und schafft die Verbindung zum staatlichen Gewaltmonopol: Wenn ein souveräner Staat sich dadurch auszeichnet, dass er nach innen keine andere, von ihm unabhängige Befehls- oder Zwangsgewalt duldet, deckt sich dieser Zustand mit dem Ziel des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>368</sup> Allerdings deuten sich bei einer Gegenüberstellung von *Hobbes* und *Bodin* bereits einige Unterschiede (Schutz vor Gewalt auf der einen und einheitliche Gesetzgebungsmacht auf der anderen Seite) an, die sich auch heute noch in verschiedenen Auffassungen niederschlagen.

Das Verständnis des staatlichen Gewaltmonopols unterlag im Lauf der Zeit einem Wandel.<sup>369</sup> Auch wenn man, wie die Beispiele *Hobbes* und *Bodin* zeigen, spätestens

<sup>361</sup> Auf die Verwandtschaft weisen auch hin: *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 104; *Burr*, JR 1996, 230; *Faller*, FS Geiger, S. 3 (10); *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1300); *Hammer*, DÖV 2000, 613 (616); *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (113); *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 79; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 32 ff.; *ders.*, in: *Randelzhofer/Süß* (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (327); *Schulte*, DVBl 1995, 130 (131 f.); *Willoweit*, in: *Randelzhofer/Süß* (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (320).

<sup>362</sup> *Grimm*, Souveränität, S. 22 ff.

<sup>363</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 8, S. 122 ff., 129.

<sup>364</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 8, S. 131.

<sup>365</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 8, S. 142.

<sup>366</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 10, S. 221. Die Besonderheit bei *Bodin* lag darin, dass sich Souveränität erstens auch auf Rechtssetzungsmacht des Staates bezog, während der Staat zuvor lediglich als Durchsetzungsinstanz bzgl. vorpositiver (göttlicher oder naturrechtlicher) Normen verstanden wurde, und dass Souveränität zweitens nicht mehr in einzelne Herrschaftsbefugnisse teilbar war, sondern alle einzelnen sogenannten Regalien im Recht des Herrschers, Gesetze für alle und jeden Einzelnen zu erlassen, gebündelt wurden. Das gilt teilweise als Geburtsstunde der Positivierung des Rechts. Näher zu alledem *Grimm*, Souveränität, S. 20 ff.; *Quaritsch*, Staat und Souveränität, S. 255 ff.

<sup>367</sup> Zur Entwicklung nach *Bodin* siehe *Grimm*, Souveränität, S. 26 ff.; dort S. 99 ff.; ideengeschichtlich bedeutsam auch *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 435 ff., insbesondere 486 ff.; vgl. zur Souveränität heute außerdem *Randelzhofer*, in: HStR II, § 17 Rn. 23 ff.

<sup>368</sup> Vgl. nur *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 32 f.; *Randelzhofer*, in: HStR II, § 17 Rn. 40.

<sup>369</sup> *Willoweit*, in: *Randelzhofer/Süß* (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (317).

im 16. und 17. Jahrhundert der Sache nach von einem Gewaltmonopol des Staates ausging, findet sich der Begriff erst Anfang des 20. Jahrhunderts bei *Max Weber*. Dieser definiert den Staat wie erwähnt als „diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes [...] das Monopol legitimer physischer Gewalt-samkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht.“<sup>370</sup> Das spezifische Merkmal eines Staates liege darin, dass er die „alleinige Quelle eines „Rechts“ auf Gewaltsamkeit“<sup>371</sup> darstelle. Während *Weber* daran eine *soziologische* Untersuchung des Staates knüpft, zeigt sich bei *Georg Jellinek* um dieselbe Zeit ein *normatives* Verständnis dieses Phänomens. Ohne explizit von einem Gewaltmonopol zu sprechen, definiert *Jellinek* die Staatsgewalt als unwiderstehliche Herrschaft, kraft derer ein politischer Verband dazu befähigt wird, unbedingt befehlen und Erfüllungszwang ausüben zu können.<sup>372</sup> Nur dem Staat komme primäre Herrschaftsgewalt zu. Innerhalb des Staates existierten keine selbstständigen, unabhängigen Herrschergewalten, sondern der Staat sei „der große Leviathan, der alle öffentliche Macht in sich verschlingt.“<sup>373</sup> Eine Beschreibung des Phänomens in einem primär *rechtstheoretischen* Zusammenhang liefert *Kelsen*. Er erkennt eine inhaltliche Tendenz aller Rechtsordnungen, die Ausübung privaten physischen Zwangs in einem mit der Entwicklung zum modernen Staat zunehmenden Maße zu verbieten. So entstehe ein Zwangsmonopol der Rechtsgemeinschaft.<sup>374</sup> Dabei unterscheidet *Kelsen* verschiedene Grade an Zentralisierung des Zwangsmonopols: Während in primitiven Ordnungen die Feststellung eines Unrechtstatbestands und die Vollstreckung der Sanktion noch den in ihren Interessen verletzten Individuen überlassen sei, werde im Lauf der Entwicklung zum modernen Staat sowohl die Feststellung eines Delikts als auch die Vollstreckung einer Sanktion besonderen Organen übertragen und private Selbsthilfe auf ein Minimum reduziert.<sup>375</sup> Ein Minimum an Zentralisation sei dabei notwendige Bedingung für die relativ dauernde Wirksamkeit einer normativen Ordnung und damit für die Existenz eines Staates als Rechtsordnung.<sup>376</sup> *Hobbes*, *Bodin*, *Weber*, *Jellinek* und *Kelsen* legen also Wert auf unterschiedliche Aspekte „des“ staatlichen Gewaltmonopols. Sie sind zwar nicht die einzigen, die sich mit dem Phänomen beschäftigt haben,<sup>377</sup> doch

---

<sup>370</sup> *M. Weber*, Politik als Beruf, S. 6.

<sup>371</sup> Ebd.

<sup>372</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 429.

<sup>373</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 431.

<sup>374</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 37 ff.; siehe aber auch *ders.*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 90 f.

<sup>375</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 38 ff.

<sup>376</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 49.

<sup>377</sup> Ausführungen zu einem dem Gewaltmonopol vergleichbaren Phänomen finden sich auch bei *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 266 f. (Verfassungsorgane hätten „im allgemeinen als einzige das Recht jedenfalls auf gröbere Zwangsmaßnahmen“); *ders.*, Politischer Liberalismus, S. 222 („nur der Staat hat das Recht, seine Gesetze mit Gewalt durchzusetzen.“); siehe auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 100 ff. (Zentralisierung der Entscheidungen über die Anwendung physischen Zwangs).

lassen sich zwischen ihnen und noch heute auffindbaren Ansätzen Entwicklungslinien ziehen, denen sogleich nachgegangen wird.

### (3) Bemühungen um eine normative Verankerung im GG

Unter Geltung des GG kam es zu einer Verabsolutierung und Normativierung des staatlichen Gewaltmonopols in der Literatur.<sup>378</sup> Dabei wurde und wird v. a. versucht, eine normative Verankerung des Gewaltmonopols in (oder vor) der Verfassung nachzuweisen, um daraus konkrete Rechte und Pflichten des Staates herzuleiten.

Verbreitet ist die Vorstellung vom staatlichen Gewaltmonopol als Verfassungsvoraussetzung.<sup>379</sup> Mit dieser Kategorie sind allgemein Grundsätze gemeint, die der Verfassung als Fundament zugrunde liegen, vom GG aber nicht unmittelbar normiert werden.<sup>380</sup> Es handle sich um die „Bedingungen der Möglichkeit, dass die Verfassung im ganzen effektive Geltung erreicht und das staatliche Leben steuert“<sup>381</sup> – gewissermaßen um die Geschäftsgrundlage der Verfassung.<sup>382</sup> Eine solche Verfassungsvoraussetzung stelle insbesondere die Staatlichkeit der BRD dar: „Wenn eine Verfassung einen Staat verfassen soll, dann muss sie die Staatlichkeit der von ihr zu verfassenden Gruppe voraussetzen.“<sup>383</sup> Und weil das Gewaltmonopol wiederum Grundbedingung der Staatlichkeit sei,<sup>384</sup> setze das GG, welches sich auf die BRD als Staat beziehe, zugleich das staatliche Gewaltmonopol als notwendige Eigenschaft

<sup>378</sup> *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (55).

<sup>379</sup> Figur der Verfassungsvoraussetzung eingeführt von *Krüger*, FS Scheuner, S. 285 ff.; mit Nachdruck vertreten von *Isensee*, in: HStR IX § 190 Rn. 49 ff., 81 ff.; vgl. auch *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 61 ff.; *ders.*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 1 Rn. 33–38; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 102 ff.; kritisch *Möllers*, Staat als Argument, S. 256–271 (zur Kritik noch unten D.II.4.c)bb)(3)(b), S. 268 ff.). Historisch weiter zurück geht die Darstellung der „Verfassungsvoraussetzungen“ bei *U. J. Schröder*, JZ 2010, 869 ff., der sich jedoch in Anlehnung an das vielzitierte *Böckenförde*-Diktum (ebd. S. 873 f. m. N.) in den Kategorien *Isensees* v. a. auf nicht regulierbare, d. h. weder vom Gesetzgeber regulierbare noch dem Gesetz- und Verfassungsgeber als reguliert vorgegebene Voraussetzungen bezieht (zur Unterscheidung *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 79 f. und 89 f.; zu historischen Hintergründen ebd., Rn. 101 ff.); beachte aktuell außerdem *Harbarth*, AöR 148 (2023), 1 ff.

<sup>380</sup> *Krüger*, FS Scheuner, S. 285 (288 ff.).

<sup>381</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 50.

<sup>382</sup> *Isensee*, HStR IX, § 190 Rn. 51; vorsichtig mit dem Vergleich *Krüger*, FS Scheuner, S. 285 (286 ff.).

<sup>383</sup> *Krüger*, FS Scheuner, S. 285 (293); zum Staat als Verfassungsvoraussetzung auch *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 1, 30 ff., 46 ff., 198; *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 57; siehe auch BVerfGE 123, 267 (343): Das GG setze die souveräne Staatlichkeit Deutschlands voraus.

<sup>384</sup> *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 17 ff.; *ders.*, FS Sandler, S. 39 (47 f.); *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 86, *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 129; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 33; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (327); *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 104; vgl. auch *Burr*, JR 1996, 230 (231); *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1299); *Landau*, NSTZ 2007, 121 (126); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 182; *Scholz*, NJW 1983, 705 (707); aus dem Strafrecht etwa *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 107 ff.

eines solchen Staates voraus.<sup>385</sup> Das Gewaltmonopol sei also bereits dem Verfassungsgeber vorgegeben.<sup>386</sup> Damit vergleichbar sehen manche im Gewaltmonopol auch eine *Grund- und Menschenrechtsvoraussetzung*: Die Menschenrechte forderten und rechtfertigten das Gewaltmonopol des Staates, weil es die Sicherheit der Bürger gewährleiste.<sup>387</sup> Gewaltmonopol und Friedenspflicht gingen demnach jeder positiven Verfassungsnorm voraus und stellten die „generelle und selbstverständliche Grundlage der Verfassung“<sup>388</sup> dar. Staatlicherseits folge daraus eine im GG vorausgesetzte und damit positiv-rechtlich anerkannte „Verpflichtung des Staates, Gewaltanwendung unter Privaten grundsätzlich zu verbieten und dieses Verbot auch durchzusetzen“<sup>389</sup>. Und auf der Seite der Bürger begründe dies z. B. einen Friedlichkeitsvorbehalt der Grundrechte.<sup>390</sup>

Andere verankern das Gewaltmonopol im Rechtsstaatsprinzip, welches einerseits Grundlage, andererseits Einhegung und Beschränkung des staatlichen Gewaltmonopols sei.<sup>391</sup> Das Rechtsstaatsprinzip verpflichte den Staat zur Wahrung und Durchsetzung des Rechts in der sozialen Wirklichkeit<sup>392</sup> und zur Sicherung des Rechtsfriedens,<sup>393</sup> was jeweils nur mithilfe des staatlichen Gewaltmonopols möglich

<sup>385</sup> *Baldus*, FS Bull, S. 3 (11 f.); *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 (31); *ders.*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 17 ff.; *ders.*, FS Sandler, S. 39 (46 ff., 54 ff.); *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 83 ff.; *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 79 und 129 ff.; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1302); *Merten*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (327); *Müller*, Das staatliche Gewaltmonopol, S. 113 und 121; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 104; vgl. auch *Landau*, NSTZ 2007, 121 (126 f.); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 108 f.; in diese Richtung auch *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 109; *Kröger*, JuS 1984, 172 (173); *Scholz*, NJW 1983, 705 (707 f.); ähnlich *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 79.

<sup>386</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 79.

<sup>387</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 16 und 129 ff.; ähnlich *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 105 f.; gegen eine Verknüpfung der Grundrechtsvoraussetzung mit der Lehre vom Staat als Verfassungsvoraussetzung *Möllers*, Staat als Argument, S. 268; für die Herleitung eines relativen Gewaltmonopols unmittelbar aus den Grundrechten (ohne die Figur der Grundrechtsvoraussetzung) *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang, S. 67 ff.

<sup>388</sup> *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 108.

<sup>389</sup> *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 103.

<sup>390</sup> *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit S. 18; *ders.*, FS Sandler, S. 39 (48 ff., 56 ff.); *ders.*, in: HStR II, § 15 Rn. 94; *ders.*, in: HStR IX, § 190 Rn. 133; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 44 f.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (333); *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 17; *Scholz*, NJW 1983, 705 (708); mit Recht kritisch dazu *Möllers*, Staat als Argument, S. 280 ff. m. w. N.; vgl. auch *Baldus*, FS Bull, S. 3 (12 f.).

<sup>391</sup> BVerfGE 54, 277 (292); *Hammer*, DÖV 2000, 613 (617); *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (115); *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 29 ff.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß, Konsens und Konflikt, S. 324 (329); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 182; *Schmidt-Aßmann*, in: HStR II, § 26 Rn. 32; in diese Richtung auch *Faller*, FS Geiger, S. 3 (7 und 10 ff.); *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 14; *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 79 ff.; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1977, 277 (279); *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 20 Rn. 2; *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 10 f.; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 9 I.

<sup>392</sup> *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, S. 500.

<sup>393</sup> *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, S. 501; *Scholz*, NJW 1983, 705 (705 ff.).

sei. Das Gewaltmonopol sei erforderlich, um Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung zu verbinden.<sup>394</sup> Auch das BVerfG sieht im Verbot privater und gewaltsamer Rechtsdurchsetzung einen zentralen Aspekt der Rechtsstaatlichkeit.<sup>395</sup>

Wieder andere verweisen auf das Demokratieprinzip.<sup>396</sup> Erstens verlange eine repräsentativ-parlamentarische Demokratie Kommunikation auf Augenhöhe,<sup>397</sup> und nur durch den Ausschluss der Gewalt aus dem politischen Diskurs, d. h. nur mithilfe des staatlichen Gewaltmonopols und der bürgerlichen Friedenspflicht, sei gesichert, dass jedermann am Diskurs teilhaben kann und die Überzeugungskraft des Arguments, nicht aber die Macht des Stärkeren ausschlaggebend ist. In einer pluralistischen Gesellschaft würden so die politischen Kräfte voreinander geschützt.<sup>398</sup> Zweitens hänge auch die Durchsetzung des demokratisch gebildeten Willens vom Gewaltmonopol des Staates ab, denn dieses diene dazu, den Gehorsam der Minderheit gegenüber der Mehrheit und die Verbindlichkeit der im verfassungsmäßigen Verfahren zustande gekommenen Gesetze zu gewährleisten.<sup>399</sup> Hier kommt eine Überschneidung der Thematik mit dem bereits beschriebenen Problem des zivilen Ungehorsams (oben 3.d)dd), S. 249 ff.) zum Ausdruck. In den Worten *Mertens*: „Wer im parlamentarischen Staat den Erlass oder die Änderung von Gesetzen begehrt, muss die Vordertreppe zum Parlament benutzen und darf nicht über die Hintertreppe der Gewalt zum Ziel kommen wollen.“<sup>400</sup>

#### (4) Gewaltmonopol als Argument

Das Gewaltmonopol des Staates entwickelte sich von einer historischen Beschreibung der Entstehung des modernen Staates und einem Ausschnitt der philosophischen Legitimation desselben über die Grundbedingung aller Staatlichkeit hin zu einem eigenständigen Rechtsbegriff mit unmittelbaren normativen Auswirkungen.<sup>401</sup> Wenig überraschend wird es häufig thematisiert und argumentativ bemüht,

<sup>394</sup> Dargestellt bei *Möllers*, Staat als Argument, S. 274.

<sup>395</sup> BVerfGE 54, 277 (292); siehe dazu aber *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (60).

<sup>396</sup> *Faller*, FS Geiger, S. 3 (15); *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 (28–30); *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 14 f.; *Matz*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (341 f.); *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 36 f.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (330); *Scholz*, NJW 1983, 705 (712); *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (322 f.).

<sup>397</sup> *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 15; *Matz*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (341 f.).

<sup>398</sup> *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (322).

<sup>399</sup> Vgl. *Faller*, FS Geiger, S. 3 (15); *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 111 ff.; *Matz*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (341 f.); *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 36 f.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (330); zur demokratischen Komponente der Rechtsdurchsetzung auch *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 26 f.

<sup>400</sup> *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 44; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (330).

<sup>401</sup> Vgl. auch *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (55 f.).

wenn die Staatlichkeit der BRD angegriffen zu werden scheint:<sup>402</sup> Viele Beiträge behandeln die zunehmende Macht gesellschaftlicher Verbände,<sup>403</sup> Aktionen zivilen Ungehorsams,<sup>404</sup> den RAF-Terrorismus<sup>405</sup> oder die Grenzen der Privatisierung im Sicherheitsbereich und die Entstehung von „Bürgerwehren“.<sup>406</sup> Eine Wiedergeburt erlebte das Gewaltmonopol in Form einer staatlichen Pflicht zur Gewährleistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege bei *Herbert Landau*,<sup>407</sup> und auch in vielen Notstandsfällen – von Klimaschützern bis Tierschutzaktivisten – taucht es als Argument auf.<sup>408</sup>

Die Berufung auf das staatliche Gewaltmonopol erweist sich in solchen Diskussionen als argumentativ ebenso unwiderstehlich wie die mit einem solchen Monopol ausgestattete Staatsgewalt selbst. Es handelt sich um ein Argument, das keinen Widerspruch duldet, sondern jede andere Ansicht als anarchischen Angriff auf den Staat, als außerhalb der staatlichen Ordnung stehend diffamiert, zum Feind erklärt und damit aus jeder vernünftigen Diskussion ausschließt.<sup>409</sup> Bzgl. der mit dem Gewaltmonopol verbundenen privaten Selbsthilferechte konstatierte bereits *Wolfgang B. Schünemann*, dass eine Auseinandersetzung hiermit forschungspsychologisch herausfordernd sei und sich schnell dem Verdacht aussetze, „an den Grundpfeilern der Gemeinschaftsordnung rütteln zu wollen“.<sup>410</sup> Gerade dies führt zu mancherlei Unsicherheit, die im Folgenden überwunden werden soll.

### bb) Analyse und Kritik

Mit einem Hinweis auf das Gewaltmonopol sind in juristischen Zusammenhängen mehr Fragen und Probleme verbunden, als die apodiktische Verwendung des Begriffs vermuten lässt.<sup>411</sup> So ist bereits unklar, was überhaupt gemeint ist, wenn von

<sup>402</sup> Vgl. auch *Möllers*, Staat als Argument, S. 134 und 145 f.

<sup>403</sup> Vgl. etwa *Krüger*, FS Scheuner, S. 285 (295 ff.).

<sup>404</sup> Exemplarisch *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 ff.; *ders.*, FS Sendler, S. 38 ff.; *Scholz*, NJW 1983, 705 ff.; siehe auch oben D. Fn. 315.

<sup>405</sup> Exemplarisch *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 ff.; zur RAF und zum islamistischen Terrorismus als prinzipielles Bestreiten des Gewaltmonopols auch *Klein*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 19 Rn. 3 und 25.

<sup>406</sup> Exemplarisch *Bracher*, *Gefahrenabwehr durch Private*, S. 101 ff., 127 ff.; *Faller*, FS Geiger, S. 3 (4 und 12 ff.); *Hammer*, DÖV 2000, 613 ff.; *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (113 ff.); *Kunz*, ZStW 95 (1983), 973 (975 ff.); *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 ff.; *Mahlberg*, *Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen*, S. 78 ff.; *Schulte*, DVBl 1994, 130 ff.; *Stober*, NJW 1997, 889 ff.

<sup>407</sup> *Landau*, NStZ 2007, 121 ff.: Funktionstüchtige Strafrechtspflege als vorgelagerte Pflicht des Staates unabhängig von seiner konkreten Verfasstheit (a. a. O., S. 126), als Teil des Gewaltmonopols (a. a. O., S. 127) und „unabdingbare Voraussetzung für die Existenz und den Bestand des demokratischen Rechtsstaats“ (ebd.). Daraus folge eine *verfassungsrechtliche bzw. materiell-staatsrechtliche* Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege (ebd.). Vgl. dazu auch schon *Isensee*, HStR IX, § 190 Rn. 54.

<sup>408</sup> Dazu auch sogleich D.II.4.c)cc(1), S. 276 ff.

<sup>409</sup> Ähnlich in anderem Zusammenhang *Dreier*, ZParl 17 (1986), 94 (118).

<sup>410</sup> *W. B. Schünemann*, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, S. 6 f.

<sup>411</sup> Hierzu umfassend *Möllers*, Staat als Argument, S. 272–284; siehe auch *Kämmerer*, FS Stober,

dem staatlichen Gewaltmonopol geredet wird.<sup>412</sup> In allen Bedeutungen ist der Begriff zudem Einwänden ausgesetzt. Beides lässt sich anhand der Formulierung *Max Webers* zeigen: Staat sei ein Verband, der die Monopolisierung legitimer physischer Gewaltsamkeit mit Erfolg für sich beansprucht.<sup>413</sup>

(1) *Deskriptiv-soziologisches Verständnis*

Unklar ist zunächst, ob es sich um einen deskriptiv-soziologischen Begriff handelt, der die *tatsächlichen* Eigenschaften eines Staates beschreibt, oder um einen *normativen* Begriff, aus dem sich bestimmte Anforderungen an einen Staat (oder Forderungen des Staates an seine Bürger) ergeben. Der Kontext in *Webers Werk*<sup>414</sup> und die Sequenz „mit Erfolg beansprucht“<sup>415</sup> legen es zunächst nahe, das Gewaltmonopol als soziologische Beschreibung einer Wirklichkeit, in welcher private Gewaltsamkeit weitgehend ausgeschaltet ist und die Mittel der Androhung und Ausübung von Gewalt beim Staat konzentriert sind, zu verstehen.<sup>416</sup> Eine politische Gemeinschaft könnte sich nur dann als Staat bezeichnen, wenn private Gewalt faktisch unterdrückt wäre.

Wäre ein so verstandenes Gewaltmonopol allerdings wesentliche Eigenschaft eines Staates, existierte angesichts der *faktischen* Verbreitung privater, nicht staatlich abgeleiteter Gewalt nirgends ein Staat, der diese Bezeichnung verdient.<sup>417</sup> Eine Gesellschaft, in der jede private Gewalt ausgeschaltet ist, ist utopisch. Will man den-

S. 595 (598 ff.); *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (484 ff.); *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 ff.; aus österreichischer Perspektive *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang, S. 55 ff.

<sup>412</sup> Für eine historische Relativierung *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 ff.

<sup>413</sup> *M. Weber*, Politik als Beruf, S. 6; dort auch die im weiteren Verlauf wörtlich zitierten einzelnen Ausschnitte.

<sup>414</sup> Dazu *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 f.; *Weber* wollte keine juristischen Aussagen treffen; vgl. auch *Gusy*, DÖV 1996, 573 (575).

<sup>415</sup> Hervorhebung nicht im Original; diese Sequenz betonen auch *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1304); *Poscher*, Ratio Juris 29 (2016), 311 (316).

<sup>416</sup> So z. B. der Formulierung nach *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 38 („Monopolisierung der Gewalt beim Staat“; Hervorhebung hinzugefügt); ähnlich *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (485). Dieses Verständnis liegt all denjenigen Überlegungen zugrunde, die mit einem historisch-tatsächlichen Abriss der Entwicklung des Gewaltmonopols (Konzentration der Gewalt beim Staat und Zurückdrängung privater Gewalt im Mittelalter usw.) beginnen (siehe z. B. *Faller*, FS Geiger, S. 3 ff.). Meist wird danach allerdings eine Normativierung vorgenommen (explizit *Isensee*, FS Sendlar, S. 38 (55)). Für Verschränkungen zwischen diesem und einem normativen Verständnis *Baldus*, FS Bull, S. 3 (6); *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 128; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1304 f.).

<sup>417</sup> *Baldus*, FS Bull, S. 3 (5); *Gusy*, DÖV 1996, 573 (576); *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 9 f.; *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (486); *Möllers*, Staat als Argument, S. 276; *Poscher*, Ratio Juris 29 (2016), 311 (312); *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (57 f.); *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 4 f.; vgl. auch *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 40 f.; vgl. zudem bereits *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff,

noch an einem soziologischen Verständnis festhalten, sind Ausnahmen oder Abstufungen erforderlich. Staat wäre dann ein Verband, der private Gewalt in einem bestimmten, *hinreichenden* Maße unterdrückt.<sup>418</sup> Dann bereitet allerdings der Begriff des *Monopols* Probleme.<sup>419</sup> Monopole bestehen entweder, oder sie bestehen nicht, *tertium non datur*.<sup>420</sup> Dem Begriff des Gewaltmonopols wohnt ein dichotomisches Element inne, welches sich mit einer differenzierenden soziologischen Betrachtung nicht verträgt. Von einem tatsächlichen Monopol der Gewalt beim Staat kann mithin keine Rede sein. Ohnehin würde hieraus für Diskussionen in juristischen, d. h. normativen, Zusammenhängen nichts folgen.<sup>421</sup>

## (2) Rechtstheoretisches Verständnis

Der Hinweis auf die Entweder-Oder-Struktur des Gewaltmonopols leitet über zu einer zweiten Deutungsmöglichkeit. In der Definition *Webers* ist auch die Rede vom „Monopol *legitimer* physischer Gewaltsamkeit“<sup>422</sup>. Nach einem (hier sogenannten) rechtstheoretischen Verständnis bezeichnet das Gewaltmonopol die Befugnis des Staates, die in der Realität vorgefundene Gewalt in legitime und illegitime Gewaltsamkeit einzuteilen.<sup>423</sup> Der Staat allein definiert demnach, welche Gewaltausübung rechtmäßig ist. „Er gilt als alleinige Quelle des „Rechts“ auf Gewaltsamkeit.“<sup>424</sup> Mit anderen Worten läge also die Verfügungsbefugnis über alle Formen der Gewalt beim Staat.<sup>425</sup> Er allein wäre dazu berufen, *ex ante* die Bedingungen rechtmäßiger Gewalt-

S. 170; gegen ein staatliches *Strafmonopol* unter dem Aspekt auch *Husak*, in: Flanders/Hoskins (Hrsg.), *The New Philosophy of Criminal Law*, S. 97 (99 ff.).

<sup>418</sup> In diese Richtung wohl *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung*, S. 1297 (1304); vgl. auch *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (484): „Monopolisierungstendenzen“.

<sup>419</sup> *Gusy*, DÖV 1996, 573 (576); *Möllers*, Staat als Argument, S. 273 und 276.

<sup>420</sup> Die Rede von einem „möglichst umfassenden Gewaltmonopol des Staates“ oder einer „Konzentration des Gewaltmonopols auf den Staat“ ist also ungenau (so aber *Kunz*, ZStW 95 (1983), 973 (975 f.)).

<sup>421</sup> Weitergehende Kritik am soziologischen Verständnis bei *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 12 f.: Der Staat würde in eine große Räuberbande verwandelt. Das liegt bereits in der Vorgehensweise *Webers* begründet, den Staat nur durch Mittel, nicht durch Ziele zu bestimmen (*M. Weber*, Politik als Beruf, S. 6). Mittel können zur Erreichung unterschiedlicher Ziele benutzt werden, während sich eine Unterscheidung zwischen Staat und Räuberbande, wie sie *Klingbeil* vorzuschweben scheint, auf (legitime) Ziele und nicht auf Mittel beziehen müsste (in diese Richtung allgemein *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 43 ff.). Dass *Weber* nur von Mitteln ausgeht, liegt an seiner relativistischen Grundhaltung. Allgemein zu „Mittel“ und „Ziel“ bei der Unterscheidung von Begriffen v. *der Pfordten*, JZ 2008, 641 (645); dort S. 646 f. auch zu Mittel und Zielen im Werterelativismus.

<sup>422</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>423</sup> Angedeutet bei *Baldus*, FS Bull, S. 3 (5); *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 110 und 128; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Gewaltforschung*, S. 1297 (1304); *Gusy*, DÖV 1996, 573 (576); *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (120, passim); *Kämmerer*, FS Stober, S. 595 (600 ff.); *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang, S. 73 f.; *ders.*, Der Staat 44 (2005), 265 ff.

<sup>424</sup> *M. Weber*, Politik als Beruf, S. 7.

<sup>425</sup> *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 110 und 128; *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.),

anwendung zu bestimmen und deren Einhaltung ex post (gerichtlich) nachprüfen zu lassen.

Betont man derart die staatliche Befugnis zur rechtlichen Einteilung der tatsächlich auffindbaren Gewalt in legitim und illegitim, ist daran inhaltlich nichts auszusetzen. Allerdings stellt das staatliche Gewaltmonopol dann lediglich einen Ausschnitt der oben untersuchten staatlichen Rechtssetzungs- und Entscheidungsbefugnis dar. Das Gewaltmonopol wird zum Rechtsmonopol.<sup>426</sup> Das mag u. a. in der Inbezugnahme der oben beschriebenen Souveränitätslehre *Bodins* begründet liegen: Dieser fasste sämtliche Herrschaftsrechte in der staatlichen Rechtssetzungsbefugnis (der „Gewalt, Gesetze zu machen und aufzuheben“<sup>427</sup>) zusammen<sup>428</sup> und hatte damit anders als *Hobbes* nicht (oder nicht nur) die Unterdrückung privater Gewaltsamkeit im Blick. Dass ein so verstandenes Gewaltmonopol wesentliche Eigenschaft des Staates ist, bedeutet jedoch nur, dass der Staat Recht setzt oder, wie bei *Kelsen*, mit der Rechtsordnung identisch ist.<sup>429</sup>

Das Verständnis des Gewaltmonopols als Rechtsmonopol gerät nicht in Konflikt mit dem Monopolbegriff und scheint auch der Vorstellung unbedingter Herrschaftsgewalt nahe zu kommen, gilt das staatliche Recht doch in der Tat unbedingt.<sup>430</sup> Dann ist allerdings zweifelhaft, ob das *Gewaltmonopol* noch als *spezifische* Eigenschaft eines Staates angesehen werden kann, denn die Entscheidungskompetenz hat der Staat wie gesehen auch in anderen, nicht auf physischen Zwang bezogenen Bereichen des Lebens.<sup>431</sup> Was die Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger angeht, wäre ein Verständnis des Gewaltmonopols als Rechtsmonopol aus Sicht *staatlicher Gewaltanwendung* außerdem tautologisch:<sup>432</sup> Nur der Staat darf legitime Gewalt anwenden, aber auch nur der Staat setzt fest, was legitime Gewalt ist – d. h. nur das ist

---

Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1304); *Kneihs*, Der Staat 44 (2005), 265 ff.; so auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 37 ff.: Durch das Zwangsmonopol bestimmt die Rechtsordnung die „Bedingungen, unter denen, und die Individuen, durch die Gewaltanwendung erfolgen soll“ (a. a. O., S. 39). *Kelsens* Darstellung veranschaulicht das soeben aufgezeigte Problem des Monopolbegriffs: Einerseits statuieren jede (moderne) Rechtsordnung ein Zwangsmonopol (a. a. O., S. 37 ff.), andererseits gebe es graduelle Abstufungen bei der Zentralisierung (a. a. O., S. 39 ff.).

<sup>426</sup> *Scholz*, NJW 1983, 705 (707); vgl. auch *Kämmerer*, FS Stober, S. 595 (604); *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang, S. 73; *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (486); *Möllers*, Staat als Argument, S. 276 f.; *ders.*, Der Staat 62 (2023), 181 (191); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 182.

<sup>427</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 10, S. 223.

<sup>428</sup> *Bodin*, Über den Staat, Buch I Kap. 10, S. 211 ff., insbesondere 223.

<sup>429</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 289 ff.; siehe auch in Auseinandersetzung mit *Max Webers* Gewaltmonopol *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 156–170 (insbesondere 168 ff.).

<sup>430</sup> *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 128 (zu *Jellinek*) und S. 168–170 (zu *Weber*).

<sup>431</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 277.

<sup>432</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 276; *Poscher*, Ratio Juris 29 (2016), 311 (313); *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (58); *Leisner*, JZ 2005, 809 (813); *Kneihs*, Der Staat 44 (2005), 265 (268); *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (315).

legitime Gewalt, was der Staat als legitime Gewalt festsetzt, und rechtens ist nur, was die Rechtsordnung für rechtens erklärt.<sup>433</sup> Besitzt der Staat das Monopol der Festsetzung der Bedingungen jeder Zwangsanzwendung, folgt daraus auch für *private Gewaltsamkeit* lediglich, dass hierfür irgendeine Art der rechtlichen Zulassung erforderlich ist. Unter welchen Bedingungen diese „Gewaltgestattung“<sup>434</sup> erfolgen soll, bleibt aber unklar.<sup>435</sup> Bedenkt man, dass mit den zivil- und strafrechtlichen Not- und Selbsthilferechten eine solche Zulassung erfolgt,<sup>436</sup> taugt ein so verstandenes Gewaltmonopol nur eingeschränkt als Argument in juristischen Zusammenhängen. Ein rechtstheoretisches Verständnis nimmt dem Begriff also in rechtlichen Zusammenhängen jeden spezifischen Gehalt.

### (3) Normatives Verständnis

#### (a) Aussage und erste Schwierigkeiten

Zu einem Begriff mit normativen Auswirkungen wird das Gewaltmonopol, wenn man ein anderes Wort in *Webers* Formulierung betont: Das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit wird von *Webers* Staat „(mit Erfolg) beansprucht“<sup>437</sup>. Demnach könnte das Gewaltmonopol ein Anspruch oder Recht des Staates sein,<sup>438</sup> entweder, wenn ein Gewaltmonopol im deskriptiv-soziologischen Sinne beansprucht wird, nur selbst Gewalt anzuwenden, oder, wenn sich der Anspruch auf das rechtstheoretische Gewaltmonopol bezieht, selbst zu bestimmen, welche Gewalt legitim und welche illegitim ist.<sup>439</sup>

Abermals entstehen hier Probleme mit dem Monopolbegriff.<sup>440</sup> Wird ein Monopol bloß beansprucht, die erfolgreiche Beanspruchung dieses Monopols aber zu einer wesentlichen Eigenschaft des Staates gemacht, ist fraglich, bis zu welchem Grad dieser Anspruch auf ein Monopol *verwirklicht* sein muss, um von einem Staat reden zu können. Ein Anspruch auf ein Monopol birgt Schwierigkeiten, weil deskriptive und

<sup>433</sup> Möllers, Staat als Argument, S. 276; vgl. auch *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (58).

<sup>434</sup> Begriff geprägt von *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56 ff.; siehe auch oben D. Fn. 343.

<sup>435</sup> *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (266).

<sup>436</sup> Vgl. nur *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 14; *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 57.

<sup>437</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>438</sup> So etwa *Grimm*, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1298); *Klein*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 2 f.; *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 10; *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 ff.; *ders.*, FS Sandler, S. 38 (54 ff.); *Matz*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (339); *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 80.

<sup>439</sup> Vgl. auch die Rekonstruktion bei *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 10: Der Staat habe das ausschließliche Recht an legitimem Zwang, d.h. ein Monopolrecht an dem Recht zum physischen Zwang.

<sup>440</sup> *Waldhoff*, in: GVwR II, § 44 Rn. 16; siehe auch *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 9 f.

normative Elemente vermischt werden.<sup>441</sup> Die wichtigere Kritik an einem normativen Verständnis ergibt sich allerdings bei der Suche nach einem Geltungsgrund dieses Anspruchs des Staates auf Konzentration aller (legitimen) physischen Gewalt bei ihm.

*(b) Staatliches Gewaltmonopol und Staatlichkeit als Verfassungsvoraussetzung*

Gewichtigen Einwänden ist v. a. die Vorstellung vom staatlichen Gewaltmonopol als Verfassungsvoraussetzung ausgesetzt.<sup>442</sup> Bereits die Figur der Verfassungsvoraussetzung als solche ist mit Schwierigkeiten verbunden.<sup>443</sup> Sucht man nach Zuständen oder Werten, die die Verfassung voraussetzt, ohne sie explizit zu formulieren, stellt sich erstens die Frage, welche konkreten Zustände zu einer solchen Verfassungsvoraussetzung erhoben werden können und welche nicht, und v. a., *wer* dies bestimmt.<sup>444</sup> Wer nach Voraussetzungen der Verfassung sucht, indem er sich – definitionsgemäß – von der Verfassung löst, stellt im Ergebnis bloße Mutmaßungen darüber an, welche Voraussetzungen der Verfassung zugrunde liegen, und findet nicht zufällig genau das, was er ohnehin gesucht hat.<sup>445</sup> Selbst wenn gewisse Fundamente der Verfassung erkennbar oder zumindest weithin anerkannt *wären*, stellt sich zweitens die Frage, wieso diese normative Wirkungen haben, weshalb also etwa der Staat zum Erhalt einer bestimmten Verfassungsvoraussetzung *verpflichtet* sein soll.<sup>446</sup> Hierbei unterscheidet beispielsweise *Isensee* zwischen Voraussetzungen, „die der Staat gewährleisten muss, solchen, die er gewährleisten darf, und solchen, die sich seiner Regelungsmacht entziehen.“<sup>447</sup> Abgesehen davon, dass fraglich ist, wonach es sich richtet, welche Voraussetzungen welcher Kategorie zuzuordnen sind, bleibt hinsichtlich der ersten Kategorie jedenfalls unklar, woraus eine solche Verpflichtung des Staates resultiert. Dass ein Zustand die Voraussetzung einer Norm oder einer ganzen Rechtsordnung ist, bedeutet noch nicht, dass diese Norm oder die Rechtsordnung selbst auch die Aufrechterhaltung dieses Zustands verlangen. Dass der Staat hier Ge- und Verbote „von oben“ ausgesetzt ist, rückt die Verfassungsvoraussetzung in die Nähe naturrechtlicher Vorgaben für die Ausübung staatlicher Kompetenzen. Der Staat wird zur Gewährleistung von Voraussetzungen verpflichtet, die sich seinem (normativen) Zugriff entziehen und die er nicht selbst gesetzt, sondern die ihm *vorgesetzt* werden.

<sup>441</sup> Das vermeidet *Klingbeil*, wenn er von einem staatlichen Monopolrecht an dem Recht zur Ausübung physischen Zwangs spricht (*Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 10 f.). Damit umgeht er die begrifflichen Schwierigkeiten, bleibt jedoch eine überzeugende *Verankerung* dieses Rechts des Staates – entsprechend seinem methodischen Ansatz, nur rekonstruktiv zu verfahren, einzelne Normen aber nicht begründen – schuldig.

<sup>442</sup> Dazu oben D. Fn. 385.

<sup>443</sup> Zur Kritik an der Kategorie Verfassungsvoraussetzung *Möllers*, Staat als Argument, S. 256 ff.; *ders.*, in: VVDStRL 68 (2008), 47 (51 ff.); vgl. auch *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (277 f.).

<sup>444</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 257 f.; *ders.*, in: VVDStRL 68 (2008), 47 (51).

<sup>445</sup> Vgl. auch *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (277 f.).

<sup>446</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 258 ff.; *ders.*, in: VVDStRL 68 (2008), 47 (51).

<sup>447</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 79 f. und 90 (wörtliches Zitat in Rn. 90).

Diese allgemeinen Bedenken gegen die Figur der Verfassungsvoraussetzung mit normativen Auswirkungen treffen auch die Annahme, der Staat selbst und mit ihm die Grundbedingungen seiner Existenz, u. a. sein Gewaltmonopol, stellten eine solche Verfassungsvoraussetzung dar.<sup>448</sup> Hiergegen regen sich aber noch weitere Einwände.<sup>449</sup> Wer in der Staatlichkeit eine Bedingung der Verfassung sieht, stellt den Staat definitionsgemäß *vor* und damit zugleich hierarchisch *über* die Verfassung und geht von einem dem Recht vorgeordneten Staat als reale Gegebenheit aus. Dieser Staat begibt sich erst in einem zweiten Schritt unter die rechtlichen Kautelen „seiner“ Verfassung. Damit ist die von *Jellinek* geprägte Selbstverpflichtungslehre,<sup>450</sup> wonach sich der vorrechtliche Staat als soziale Erscheinung seinem eigenen Recht unterwirft und erst dadurch zum Rechts-Staat wird, angesprochen.<sup>451</sup> Diese Selbstverpflichtungslehre als Prämisse der Vorstellung vom Staat als Verfassungsvoraussetzung sieht sich aber Kritik ausgesetzt, die bereits von *Kelsen* und *Radbruch* herausgearbeitet wurde.<sup>452</sup> Für diese Arbeit seien drei Argumente aufgegriffen. Erstens ist ein Staat ohne Recht gar nicht vorstellbar. Gegebenheiten in der Wirklichkeit werden nur dadurch solche *des Staates*, dass sie ihm *durch das Recht* zugerechnet werden.<sup>453</sup> Nur durch das Recht wird der Knüppelschlag eines uniformierten Menschen zur zwangsweisen Durchsetzung einer staatlichen Anordnung. Ohne Recht gäbe es in diesem Fall sogar überhaupt nichts durchzusetzen: Was ist Durchsetzungsmacht ohne Durchsetzungsinhalte?<sup>454</sup> Zweitens geht die Vorstellung eines „faktischen“ Staates, der sich an sein Recht bindet, von einer aus vielerlei Gründen abzulehnenden naturgegebenen oder historisch gewachsenen „faktischen“ Einheit des Volkes oder der Nation aus.<sup>455</sup> Wo eine Verpflichtung des Staates zur Wahrung und (Wieder-)Herstellung seiner Voraussetzungen hinführen könnte, wenn das *faktische* Volk oder das „Vaterland“<sup>456</sup> mit dem juristisch bestimmten Staatsvolk dieses oder anderer Staaten oder den (völker-)rechtlich anerkannten Grenzen derselben nicht übereinstimmt,

<sup>448</sup> Nachweise oben D. Fn. 383, 384, 385.

<sup>449</sup> Zur Kritik am Staat als Verfassungsvoraussetzung *Möllers*, Staat als Argument, S. 260 ff.

<sup>450</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 367 ff.; zur zugrunde liegenden Zwei-Seiten-Lehre ebd., S. 174 ff.

<sup>451</sup> Der dogmengeschichtliche Hintergrund wird herausgearbeitet von *Möllers*, Staat als Argument, S. 261; dass diese Vorstellung wiederum hinter einem normativen Verständnis des Gewaltmonopols steht, wird etwa deutlich bei *Matz*, in: *Randelzhofer/Süß* (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (340): „Der Staat selbst unterstellt sich Rechtsregeln, insbesondere auch in seiner Eigenschaft als Gewaltmonopolist.“

<sup>452</sup> *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 395 ff.; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, S. 74 ff.; *ders.*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 123 ff.; *ders.*, Reine Rechtslehre (1960), S. 314 f.; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 181 f.

<sup>453</sup> *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 82 f., 89 f., 136 und passim; *ders.*, Reine Rechtslehre (1960), S. 314.

<sup>454</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 262.

<sup>455</sup> Siehe nur *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 123–127, 133–135; differenzierend *Friehe*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), StaatsR I, § 7 Rn. 8; kritisch *Möllers*, Der Staat 62 (2023), 181 (188–191), auch zu den Zusammenhängen.

<sup>456</sup> Begriff in dem Zusammenhang bei *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 126.

braucht hier nur angedeutet zu werden.<sup>457</sup> Ein drittes Argument gegen die These vom Staat als Verfassungsvoraussetzung und die Selbstverpflichtungslehre ergibt sich, wenn in die Betrachtung neben dem Verhältnis zwischen Staat und Recht auch das Verhältnis zwischen Staat und Bürger einbezogen wird.<sup>458</sup> Die Vorstellung eines Staates, der vor und über dem Recht steht, weil er sich dem Recht selbst unterworfen hat, setzt eine vorrechtliche und unbeschränkte „Handlungsfreiheit“ des Staates voraus, die sich erst in einem zweiten Schritt dem Recht unterordnet und dadurch eingeschränkt wird. Von diesen Bindungen kann sich der Staat dann jedoch wieder befreien, wenn z. B. seine Existenz auf dem Spiel steht.<sup>459</sup> Zur Erhaltung seiner Staatlichkeit bzw. zur Bewältigung einer *Ausnahmelage* dürfte (oder müsste) der Staat alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, ohne rechtlichen Bindungen unterworfen zu sein.<sup>460</sup> Hierzu zählten auch Eingriffe in die Freiheiten der Bürger. V. a. bei entsprechend weiter Definition der „Staatsgefahr“ (etwa auch im Sinne eines „kleinen Ausnahmezustands“<sup>461</sup>) lässt sich damit nahezu jede Beschränkung staatlicher Befugnisse im Rechtsstaat aushebeln.<sup>462</sup> Das bildet die Grundlage zur staatstheoretischen Begründung des „Bürgeropfers“ zum Erhalt des Staates.<sup>463</sup> Im Verhältnis zum Bürger kehrt all dies das sich aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Regel-Ausnahme-Verhältnis um: Es ist im materiellen Rechtsstaat des GG das Individuum, das mit grundsätzlich unbeschränkter Handlungsfreiheit ausgestattet ist und sein Verhalten nicht rechtfertigen muss, während staatlicherseits jeder Eingriff einer Ermächtigungsgrundlage bedarf und Beschränkungen, z. B. durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, unterliegt.<sup>464</sup> Das GG kennt keine Staatsgewalt, die nicht der Ver-

<sup>457</sup> Vgl. auch die Kritik bei *Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 8 ff. an der fingierten Übereinstimmung zwischen soziologischer und juristischer Einheit des Staates. Zur Extremform einer solchen Ansicht bei *Carl Schmitt* und im Nationalsozialismus siehe *Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstands*, S. 228 f. m. N. Zur aktuellen Bedeutung mit Blick auf das zweite NPD-Verbots-Verfahren (BVerfGE 144, 20 ff.) siehe *Möllers*, *Der Staat* 62 (2023), 181 ff.; das BVerfG nahm bei einem materialisierten Volksbegriff einen Verstoß gegen die Menschenwürde und das Demokratieprinzip an, siehe BVerfGE 144, 20 (264 ff.).

<sup>458</sup> Eine Andeutung dieses Konflikts zwischen der Figur der Verfassungsvoraussetzung und den Grundrechten findet sich auch bereits bei *Krüger*, *FS Scheuner*, S. 285 (289), wengleich mit gegenteiligen Schlussfolgerungen. Siehe auch bereits *Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 127.

<sup>459</sup> Vgl. *Möllers*, *Staat als Argument*, S. 262; siehe auch *Vofskuhle*, in: *ders./Bumke/Meinel* (Hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, S. 371 (380 ff.); zu den Zusammenhängen auch *Mörtl*, in: *Stern/Sodan/Mörtl* (Hrsg.), *StaatsR I*, § 1 Rn. 19; allgemein bereits *Kelsen*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 136 ff.

<sup>460</sup> Vgl. insbesondere *Böckenförde*, *NJW* 1978, 1881 ff.; kritisch etwa *Lübbe-Wolff*, *ZParl* 11 (1980), 110 ff. mit Erwiderung *Böckenförde*, *ZParl* 11 (1980), 591 ff.

<sup>461</sup> *Böckenförde*, *NJW* 1978, 1881 (1890).

<sup>462</sup> Weiterführend *Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstands*, S. 48 ff. mit Beispielen S. 56–57.

<sup>463</sup> Dazu oben C.II.2.c)cc), S. 120 ff. m. N., auch zur Kritik.

<sup>464</sup> Vgl. auch *Kämmerer*, *FS Stober*, S. 595 (600 ff.); auf den ersten Blick anders *Kneihls*, *Der Staat* 44 (2005), 265 (265 f.): Gesetzesvorbehalt für private Eingriffe in die Rechtssphäre Dritter. Das setzt jedoch die Abgrenzung verschiedener Rechtssphären durch das Recht und ein rechtliches Eingriffs-

fassung unterworfen ist,<sup>465</sup> sondern geht „statt von einer Vorgegebenheit des Staates von der Vorgegebenheit der konkret lebenden Menschen aus.“<sup>466</sup> Der Staat ist um des Menschen willen da und nicht umgekehrt.<sup>467</sup> Dies wird von der Idee des Staates als Verfassungsvoraussetzung missachtet.

Die Einwände gegen die Figur der Verfassungsvoraussetzung und die Vorstellung vom Staat als Verfassungsvoraussetzung treffen schließlich bei der These vom staatlichen Gewaltmonopol als Verfassungsvoraussetzung zusammen und werden durch weitere Kritik verstärkt. So könnte bereits historisch bezweifelt werden, ob die Vorstellung eines gewaltmonopolisierten und allmächtigen Staates bei Inkrafttreten des GG im Jahr 1949 der Realität der Nachkriegs-BRD entsprach und dem GG daher zugrunde liegen kann.<sup>468</sup> Zudem ist fraglich, wie der Zusammenhang zwischen Gewaltmonopol, staatlicher Existenz und Verfassung beschaffen ist, wann das Gewaltmonopol als Verfassungsvoraussetzung wegfällt und was daraus für den Staat und die Verfassung folgt.<sup>469</sup> Dass z. B. ein gegen „das Gewaltmonopol“ verstoßendes Gerichtsurteil (sofern dies bei *staatlichen* Gerichten überhaupt möglich ist) den Bestand der staatlichen Ordnung und die Geltung und Wirksamkeit der Verfassung als Ganze ins Wanken bringt, ist schwer vorstellbar. Des Weiteren ist zweifelhaft, ob Gewalt auf horizontaler Ebene unter Bürgern, etwa im Zusammenhang mit § 34 StGB, einen hieran unbeteiligten Staat überhaupt seiner Existenz berauben kann. Durch Gewalt im Bürger-Bürger-Verhältnis leidet weniger der Staat als das konkrete Opfer.<sup>470</sup> Kritik trifft schließlich auch die *Verpflichtung* des Staates zur Erhaltung und Durchsetzung seines Gewaltmonopols.<sup>471</sup> Versteht man eine solche Verpflichtung als objektive Pflicht zur Existenzerhaltung des Staates,<sup>472</sup> führt dies nicht nur zu im Vergleich zum Menschen seltsamen Ergebnissen (Pflicht, sich aktiv am Leben zu halten?), sondern lässt abermals offen, woher diese Pflicht stammt, wenn sie den Staat vor und unabhängig von der Verfassung treffen soll.<sup>473</sup>

---

verbot voraus (vgl. z. B. ebd. S. 266) und liegt deshalb im Ergebnis nicht so weit entfernt vom hier vertretenen Standpunkt.

<sup>465</sup> Vgl. *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 20 f.; *Möllers*, Staat als Argument, S. 263.

<sup>466</sup> *Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (438).

<sup>467</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Herrenchiemsee-Entwurfs zum GG von 1948 (Nachweise bei Dreier/*Walper*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 25). Ebenso im Zusammenhang mit dem Gewaltmonopol *Pieroth*, in: Gutmann/*Pieroth* (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (58).

<sup>468</sup> Gedanke angedeutet (wenngleich mit Blick auf das im Vergleich zum GG ältere B-VG in Österreich) bei *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang, S. 59–62. Von Souveränität der BRD kann frühestens ab dem Inkrafttreten des „Deutschlandvertrags“ im Jahr 1955 gesprochen werden, siehe *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, § 23 Rn. 846 ff.; wann die Bundesrepublik dann das Gewaltmonopol innehatte, hängt vom Begriffsverständnis ab.

<sup>469</sup> Allgemein *Möllers*, Staat als Argument, S. 257 f.

<sup>470</sup> *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 12 mit Fn. 23.

<sup>471</sup> Vgl. etwa *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 97 und 134; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 103 f.

<sup>472</sup> Sie wird zwar häufig zur Schutzpflicht zugunsten der Bürger umgewandelt (*Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 134), hat ihren Ursprung jedoch noch immer im Erhalt der Staatlichkeit selbst.

<sup>473</sup> Ein Gedanke, der in ähnlicher Form von *Radbruch* gegen *Jellineks* Selbstverpflichtungslehre

Sowohl die Figur der normativ wirkenden Verfassungsvoraussetzung als auch die Behauptung vom Staat und seinem Gewaltmonopol als Verfassungsvoraussetzung sind daher abzulehnen. Allen Überlegungen liegt eine hier nicht geteilte Vorstellung des Verhältnisses von Staat, Recht und Bürger zugrunde.

(c) *Gewaltmonopol als Forderung des Rechtsstaats- und/oder Demokratieprinzips*

Ebenso kritisch ist die Herleitung des staatlichen Gewaltmonopols aus dem Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip zu sehen. Die Verankerung im Rechtsstaatsprinzip geht ebenfalls von einer vorrechtlichen Stellung des Staates aus, dessen Handlungsmacht durch das Rechtsstaatsprinzip lediglich rechtlich eingehegt wird. Das Problem einer am Recht vorbei handelnden Staatsgewalt wird hier zwar durch die rechtsstaatliche Bindung der Staatsgewalt wieder aufgefangen,<sup>474</sup> allerdings kehrt eine solche Herangehensweise erneut das dem GG zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Verhältnis um. Man ginge trotz der rechtsstaatlichen Bindung gedanklich davon aus, dass der Staat „an sich“ allein aufgrund seiner Staatlichkeit in die Freiheit seiner Untertanen eingreifen dürfte und seine Eingriffe erst in einem zweiten Schritt am Verfassungsrecht messen lassen müsste. Damit benötigt der Staat keine Eingriffsgrundlage, sondern allenfalls einen Grund, *nicht* einzugreifen. Außerdem folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip nur, dass jede Ausübung *staatlicher* Gewalt an die Gesetze gebunden ist. Zu *privater* Gewalt, um die es dem Gewaltmonopol auch geht, beinhaltet es keine Aussage.<sup>475</sup> Hinzu kommt, dass die staatlich monopolisierte Gewaltanwendung oder Rechtsdurchsetzung keinen *wesentlichen* Bezug zum Rechtsstaatsprinzip aufweist, sondern eine Frage ist, die sich für jede Rechtsnorm und unabhängig von der *rechtsstaatlichen* Organisation eines Staates stellt.<sup>476</sup> Ein staatliches Gewaltmonopol ist auch keine spezifische Eigenschaft eines *demokratisch organisierten* Staates, sondern lässt sich auch in anderen Herrschaftsordnungen – und zwar oft viel stärker ausgeprägt – auffinden.<sup>477</sup> Des Weiteren lässt sich die normative Verankerung des Gewaltmonopols in Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ideengeschichtlich nicht halten.<sup>478</sup> Rechtsstaatlichkeit und Demokratieprinzip wurden gerade in Opposition zum allmächtigen absolutistischen Staat entwickelt.<sup>479</sup> Auch inhaltlich soll das Rechtsstaatsprinzip staatliche Macht gerade begrenzen, während das Gewaltmono-

---

angeführt wurde, vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 181 f.; ähnlich auch *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 133 f.

<sup>474</sup> Siehe oben D. Fn. 460.

<sup>475</sup> Vgl. *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (286).

<sup>476</sup> *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 104 und 109; *Möllers*, Staat als Argument, S. 274; *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (60); *Schulte*, DVBl 1995, 130 (132).

<sup>477</sup> *Leisner*, JZ 2005, 809 (813).

<sup>478</sup> *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 107 ff.; *Leisner*, JZ 2005, 809 (812 f.); *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (59 f.); *Schulte*, DVBl 1995, 130 (132); differenzierend *Möllers*, Staat als Argument, S. 274 f.

<sup>479</sup> *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53

pol den Staat stärken will.<sup>480</sup> Die Verankerung des staatlichen Gewaltmonopols im Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip pervertiert diese zur Legitimierung genau derjenigen Gefahrenquelle, vor der ursprünglich geschützt werden soll. Auch sie ist daher abzulehnen.<sup>481</sup>

(d) *Ergebnis zum normativen Verständnis*

Das normative Verständnis des staatlichen Gewaltmonopols beruht mithin v. a. auf einem hier nicht geteilten Verständnis des Staates als vor und über dem Recht und dem Menschen stehende Entität. Man geht von einem Staat aus, der allein aufgrund seiner Staatlichkeit zu Eingriffen in individuelle Freiheiten ermächtigt ist. Damit werden ideengeschichtliche Hypothesen eines etatistischen Staatsverständnisses in die rechtsstaatliche und demokratische Ordnung des GG übertragen.<sup>482</sup> Dem kann nicht gefolgt werden.

(4) *Deskriptiv-juristisches Verständnis mit schwacher normativer Implikation*

Die bisherigen Überlegungen ergaben, dass ein soziologisches Verständnis des staatlichen Gewaltmonopols, das wohl *Max Weber* selbst zugeschrieben werden kann, faktisch unzutreffend, ein rechtstheoretisches Verständnis anknüpfend an *Bodins* Souveränitätslehre und an *Kelsen* weitgehend inhaltsleer und ein normatives Verständnis in der Tradition *Hobbes'* und *Jellineks* aufgrund hier nicht geteilter Prämissen abzulehnen ist. Eine Begründung für die These, dass die Ausübung physischen Zwangs regelmäßig dem Staat vorbehalten ist, kann sich im juristischen Diskurs nicht aus einem vorrechtlichen staatlichen Gewaltmonopol, sondern allein aus dem positiven Recht ergeben.<sup>483</sup> So könnte beispielsweise Art. 33 Abs. 4 GG ein gewisser Vorrang staatlicher Tätigkeit entnommen werden – wenn auch kein absoluter Vorrang im Sinne eines Monopols („in der Regel“).<sup>484</sup> Und ein allgemeines Verbot privater Gewaltsamkeit wäre womöglich aus dem Strafrecht (z. B. § 240 StGB<sup>485</sup>) ableitbar. Will man vor dem Hintergrund am Begriff des staatlichen Gewaltmonopols festhalten, kann er allenfalls als summarische Beschreibung der Rechtslage, als deskriptiv-juristischer Hilfsbegriff für die Gesamtheit aller Normen, aus denen sich eine Kon-

(59 f.); siehe auch *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 108: „zwei verschiedene Stadien des politischen Denkens“.

<sup>480</sup> *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 107.

<sup>481</sup> Weitere Kritik bei *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang, S. 62 ff.; *ders.*, Der Staat 44 (2005), 265 (283 f.).

<sup>482</sup> Vgl. auch *Willoweit*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 313 (321).

<sup>483</sup> *Pieroth*, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (60 ff.).

<sup>484</sup> Zum Gewaltmonopol und Art. 33 Abs. 4 GG z. B. *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, S. 62 ff., 79 ff.; vgl. auch *Hammer*, DÖV 2000, 613 (617 f.); *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (282 f.); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 110 f.

<sup>485</sup> Vgl. z. B. *Hassemer*, FS Wassermann, S. 325 (334); *Schulte*, DVBl 1995, 130 (132).

zentration legitimer Gewaltausübung beim Staat ergibt, verstanden werden. Aus den einzelnen rechtlichen Bestimmungen zum Verhältnis von staatlicher und privater Gewaltausübung würde demnach zusammenfassend ein Schwerpunkt beim Staat ermittelt.<sup>486</sup> Im Vergleich zur normativen Auffassung kehrt das Verständnis als juristischer Hilfsbegriff das Verhältnis zwischen Recht, Staat und Gewaltmonopol um. Das Gewaltmonopol verweist auf das positive Recht. Es ist also dem Staat, der Verfassung oder dem Gesetzgeber nicht vorgegeben, sondern der an die Verfassung gebundene Gesetzgeber bestimmt den Umfang des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>487</sup> Auch das BVerfG zählt das Gewaltmonopol „zu [den] wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung“.<sup>488</sup>

Betrachtet man die Rechtslage, zeigen sich allerdings mehr Fälle rechtlich erlaubter *privater* Gewalt, als der Begriff vom staatlichen Gewaltmonopol vermuten lässt.<sup>489</sup> Jedes Not- und Selbsthilferecht, von denen die Rechtsordnung eine Vielzahl bereithält, spricht gegen ein Gewaltmonopol des Staates. Auch der in dem Zusammenhang oft bemühte § 240 StGB normiert kein umfassendes Gewaltverbot, sondern verbietet private Gewalt nur, wenn sie *verwerflich* ist – es gibt also durchaus Gewalt, die hingenommen werden muss.<sup>490</sup> Eine Form privater Rechtsdurchsetzung – wenngleich ohne physischen Zwang, aber doch zur Durchsetzung des Rechts – sieht auch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz vor.<sup>491</sup> Außerdem kommt Privaten häufig die Kompetenz zu, über das „Ob“ und „Wie“ der Verwirklichung eines *staatlichen* Gewaltmonopols zu entscheiden. Man denke an absolute Antragsdelikte im Strafrecht, den Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren, an das „Private Enforcement“ im Kartellrecht und anderen Bereichen<sup>492</sup> oder insgesamt an den von Privatautonomie geprägten Zivilprozess. Jeweils erfolgt die (zwangsweise) Rechtsdurchsetzung letztlich zwar durch den Staat, doch kommt Privaten jedenfalls eine Art Initiativrecht zu,<sup>493</sup> das die Redeweise von der *staatlichen* Gewaltgestattung umkehrt. Aus dem geltenden Recht ergibt sich mithin weder ein absolutes staatliches Gewaltmonopol noch ein absolutes

<sup>486</sup> So etwa Möllers, Staat als Argument, S. 278; Pieroth, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (61 f.).

<sup>487</sup> Pieroth, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (61); ähnlich Gusy, DÖV 1996, 573 (581); Mahlberg, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 95; Stober, NJW 1997, 889 (892 f.); Seebode, FS Krause, S. 375 (387).

<sup>488</sup> BVerfGE 123, 267 (358). Bezieht man die mit dem Gewaltmonopol verbundene Souveränitätslehre mit ein, so zeigt sich hier das von Grimm vertretene Verständnis der Souveränität als demokratische Selbstbestimmung (Grimm, Souveränität, S. 122 f.).

<sup>489</sup> Vgl. Gusy, DÖV 1996, 573 (576); Hammer, DÖV 2000, 613 (615 ff.); Poscher, Ratio Juris 29 (2016), 311 (312 und 313 f.); W. B. Schünemann, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 10 und 13 ff.; Waldhoff, Staat und Zwang, S. 33 (allgemein zu Alternativen zur staatlichen Rechtsdurchsetzung ebd., S. 31 ff.); zu weitergehenden „Entmonopolisierungstendenzen“ auch Stober, NJW 1997, 889 (890 ff.); dazu Kämmerer, FS Stober, S. 595 (596 ff. und 607 ff.).

<sup>490</sup> Gusy, DÖV 1996, 573 (576).

<sup>491</sup> M. Schröder, Die Verwaltung 50 (2017), 309 (330 f.).

<sup>492</sup> Weiterführend Fidler, JBl 140 (2018), 81 ff.; M. Schröder, Die Verwaltung 50 (2017), 309 ff.

<sup>493</sup> Fidler, JBl 140 (2018), 81 (83 f.); M. Schröder, Die Verwaltung 50 (2017), 309 (321 f.); Waldhoff, Staat und Zwang, S. 34 ff.

privates Selbsthilfeverbot. Dass angesichts dessen der Monopolbegriff irreführend ist, dürfte kaum der Erwähnung wert sein.<sup>494</sup>

Mit dem deskriptiv-juristischen Verständnis folgt aus dem Gewaltmonopol im Sinne eines summarischen Kürzels der Rechtslage noch kein normatives Argument. Wird im Zusammenhang mit einem juristischen Problem auf das staatliche Gewaltmonopol verwiesen, verweist dieses vielmehr nur auf die geltende Rechtslage zurück, ohne eine eigene normative Aussage zu treffen.<sup>495</sup> Dennoch will insbesondere *Christoph Möllers* auch aus einem deskriptiv-juristischen Verständnis des Gewaltmonopols in Verbindung mit der historischen Tradition eine – wenn auch sehr schwache – normative Folge ableiten.<sup>496</sup> Weil nach dem geltenden Recht und der Rechtstradition *grundsätzlich* der Staat zur Gewaltanwendung berufen sei und originär-private Gewaltsamkeit *weitgehend* verboten und unterdrückt werde, könne für bislang noch unklare Fälle ein prima-facie Vorrang des Staates angenommen werden.<sup>497</sup> Staatliche Gewaltanwendung füge sich in das System der Rechtsordnung besser ein als private Gewaltsamkeit. Die Zulassung letzterer sei in höherer Weise rechtfertigungsbedürftig, während für staatliche Gewaltanwendung eine Vermutungsregel bestehe. Als systematisches Argument oder eine schwache Vermutung für einen relativen Vorrang staatlicher Tätigkeit ist hiergegen nichts einzuwenden. Allerdings resultieren auch dann aus dem staatlichen Gewaltmonopol lediglich „Abwägungsgesichtspunkte oder Fundierungen, deren Fehlen im Ergebnis kaum vermisst würde.“<sup>498</sup> Diesen sehr geringen argumentativen Wert verschleiert der „unwiderstehliche“ (siehe oben aa)(4) Begriff des staatlichen Gewaltmonopols. Wenngleich er als systematisches Argument oder Vermutungsregel mit einem vertretbaren Inhalt versehen werden kann, ist daher von seiner Verwendung im juristischen Diskurs (und auch sonst) abzuraten.

##### (5) Zwischenergebnis

Die kritische Auseinandersetzung mit dem staatlichen Gewaltmonopol zeigte die Unklarheiten und Probleme des Begriffs und seiner normativen Auswirkungen. V. a. das verbreitete normative Verständnis geht von Staatsvorstellungen aus, die im historischen Kontext bei *Hobbes* (und *Bodin*) angesichts um sich greifender Bürgerkriege nachvollziehbar waren, mit dem Rechtsstaat des GG jedoch nicht vereinbar sind. Will man dennoch an dem Begriff festhalten – was angesichts der Schwierigkeiten nicht ratsam ist –, beinhaltet er in einem rechtlichen Zusammenhang nicht mehr als einen Verweis auf die geltende Rechtslage. Aus ihm lässt sich allenfalls eine prima-fa-

<sup>494</sup> Siehe nochmals D. Fn. 489.

<sup>495</sup> Der Verweis auf das Gewaltmonopol stellt sich mithin wie jeder Verweis auf den Staatsbegriff dar: Das Recht verweist auf den Staat und dieser verweist auf das Recht zurück, vgl. *Möllers*, Staat als Argument, S. 424 f.

<sup>496</sup> Zum Folgenden *Möllers*, Staat als Argument, S. 277 f.

<sup>497</sup> Für einen Rechtsschutzvorrang des Staates anstelle eines Rechtsschutzmonopols auch *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 10.

<sup>498</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 283.

cie-Vermutung für einen relativen Vorrang staatlicher Zwangsausübung ableiten. Zur Lösung konkreter Rechtsfragen taugt das Gewaltmonopol aber wenig.<sup>499</sup> Überträgt man dies auf die *allgemeine* (notstandsexterne) Verteilung der Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger, führt das zur Annahme eines schwachen prima-facie Vorrangs des Staates.

*cc) Rechtfertigender Notstand und staatliches Gewaltmonopol*

Fraglich ist, ob sich die Erkenntnisse zur Verteilung der Durchsetzungskompetenz im allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis auf den rechtfertigenden Notstand übertragen lassen. Gilt also auch notstandsintern eine Vermutung für einen relativen staatlichen Durchsetzungsvorrang?

*(1) Das Gewaltmonopol in der Notstandsdiskussion*

Die Literatur zum rechtfertigenden Notstand und seinem Verhältnis zu staatlichen Verfahren erweckt den Eindruck, dass sich dieses Problem allein anhand des staatlichen Gewaltmonopols – genauer: mithilfe des Gegenseitigkeitsverhältnisses von staatlichem Gewaltmonopol und bürgerlicher Friedenspflicht und der Verbindung beider Seiten durch eine staatliche Schutzverpflichtung – lösen lässt. Die bürgerliche Friedenspflicht als Kehrseite des Gewaltmonopols umfasse u. a. die Pflicht, „Maßnahmen der Zwangsanwendung gegen Dritte zugunsten der vorgängigen staatlichen Instrumentarien zu unterlassen“<sup>500</sup>. Konflikte würden innerhalb staatlicher Verfahren gelöst, und der Bürger verliere das Recht, diese „mit Fehde und Faust auszutragen“.<sup>501</sup> Das staatliche Gewaltmonopol schließe daher eine (Notstands-)Rechtfertigung aus, „wenn und soweit der Staat ein eigenes Verfahren und eigene Konfliktlösungsmechanismen bereithält oder ansonsten obrigkeitliche Hilfe in hinreichender Zeit herbeigeht werden kann.“<sup>502</sup> Der Staat sei infolge des Gewaltmonopols sogar *verpflichtet*, private Gewaltsamkeit zu bestrafen.<sup>503</sup>

Demgegenüber sei dem Staat in Fällen, in denen er seine Schutzpflicht gegenüber dem Bürger nicht erfüllt, die Unterbindung und Sanktionierung privater Gewaltanwendung verwehrt. „Dort wo der starke Arm des Staates nicht (mehr) den gesellschaftlichen Rechtsfrieden aufrechtzuerhalten vermag, soll der Bürger [...] selbst Hand anlegen dürfen.“<sup>504</sup> Hier sei das „do ut des“ des Herrschaftsvertrags – bürger-

<sup>499</sup> Möllers, Staat als Argument, S. 278; Pieroth, in: Gutmann/Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, S. 53 (62); ähnlich Bracher, Gefahrenabwehr durch Private, S. 110–113. Das gilt auch für verwandte Überlegungen, z. B. zu einer „Staatsaufgabe Sicherheit“, siehe nur Gusy, DÖV 1996, 573 (581).

<sup>500</sup> Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 323.

<sup>501</sup> Isensee, FS Eichenberger, S. 23 (26).

<sup>502</sup> Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (195); ähnlich die in D. Fn. 21 Genannten.

<sup>503</sup> Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 263 f.

<sup>504</sup> Jeand'Heur, AöR 119 (1994), 107 (115).

licher Gewaltverzicht gegen staatliche Schutzgewährung – gestört.<sup>505</sup> Der Staat, der seiner Schutzpflicht nicht nachkommt, erbringe „die mit der Monopolisierung von Gewalt notwendig verbundene Gegenleistung“<sup>506</sup> nicht. Infolgedessen werde „die gewaltmonopolistische Normalordnung [...] zeitweilig suspendiert“ und „der status naturalis lebt wieder auf.“<sup>507</sup> Als Ausnahmen vom staatlichen Gewaltmonopol<sup>508</sup> griffen daher die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe ein, wenn „obrigkeitliche Hilfe nicht zugegen und auf die Schnelle abrufbereit“<sup>509</sup> ist. Abwesenheit und Nichterreichbarkeit obrigkeitlicher Hilfe begründen demzufolge private (Not-)Befugnisse.<sup>510</sup> Mithin beschreibt nach verbreiteter Ansicht die rechtzeitige Erreichbarkeit staatlicher Hilfe die Grenze zwischen privaten und staatlichen Kompetenzen.

<sup>505</sup> Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (187); siehe allgemein auch Bock, ZStW 131 (2019), 555 (574); Bracher, Gefahrenabwehr durch Private, S. 131; Grimm, in: Heitmeyer et al. (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, S. 1297 (1303); Horter/Zimmermann, GA 2023, 481 (495); Klein, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 26; Kunz, ZStW 95 (1983), 973 (989 f.); Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 57; ders., in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (334).

<sup>506</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (574).

<sup>507</sup> Isensee, FS Eichenberger, S. 23 (27); vgl. auch ders., in: HStR II, § 15 Rn. 96; Schulte, DVBl 1995, 130 (133); zum Rückfall in den status naturalis auch Lesch, StV 1993, 578 (580).

<sup>508</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (557 f.); Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 314; Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (63 f.); Lesch, StV 1993, 578 (582); ders., Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 57; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 2; ders., Jura 2002, 26; Pelz, NStZ 1995, 305; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 72; Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 323; vgl. allgemein auch Baumann, FS Wassermann, S. 247 (255); Burr, JR 1996, 230; Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 163; Erb, FS Nehm, S. 181 (183 mit Fn. 6); Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 43 und 56; ders., FS Sandler, S. 38 (52); ders., in: HStR II, § 15 Rn. 96; Jeand’Heur, AöR 119 (1994), 107 (115); Klein, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 26; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 264 ff.; Mahlberg, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, S. 82 ff.; Matz, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 336 (339 mit Fn. 8); Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 57; ders., in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, S. 324 (334); Müller, Das staatliche Gewaltmonopol, S. 155 ff.; Schulte, DVBl 1995, 130 (133); Sengbusch, Subsidiarität der Notwehr, S. 115 ff. und 272 ff.; siehe auch Thorburn, University of Toronto Law Journal 60 (2010), 425 (443); a. A. Schmidhäuser, GA 1991, 97 (122 ff.); dagegen Engländer, a. a. O., S. 156 ff.; Sengbusch, a. a. O., S. 113 ff.

<sup>509</sup> Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (63 f.).

<sup>510</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (567 und 571 ff.); Engländer, JZ 2023, 255 (259); Frisch, FS Puppe, S. 425 (429); ders., GA 2016, 121 (129); Horter/Zimmermann, GA 2023, 481 (494 f.); Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 139; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 264 ff.; Lesch, StV 1993, 578 (582); Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (63 f.); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 104 und 184; Pelz, NStZ 1995, 305 (306); Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 323 f.; siehe auch Nourse, University of Pennsylvania Law Review 151 (2003), 1691 (1711 ff.); Thorburn, Yale Law Journal 117 (2008), 1070 (1108); ders., Criminal Law and Philosophy 5 (2011), 259 (269); ähnlich Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (80); vgl. allgemein auch Bracher, Gefahrenabwehr durch Private, S. 133; Burr, JR 1996, 230 (232); Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 163; Faller, FS Geiger, S. 3 (8 und 10); R. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 294 ff.; Hoffmann-Riem, ZRP 1977, 277 (280); Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 43 und 57 f.; ders., FS Sandler, S. 38 (52 und 61); ders., in: HStR II, § 15 Rn. 96; Jeand’Heur, AöR 119 (1994), 107 (127); Kämmerer, FS Stober, S. 595 (599 f.); Klein, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 19 Rn. 26; Klingbeil, Not- und Selbsthilferechte, S. 15 ff.; Kunz, ZStW 95 (1983), 973 (989 f.); Lagodny, GA 1991, 300 (312); Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 57;

Hierfür lassen sich prominente Vordenker ausmachen.<sup>511</sup> So spricht *Hobbes* von einer gegenseitigen Beziehung zwischen Schutz und Gehorsam,<sup>512</sup> die aus Sicht des Strafrechts beispielsweise von *Anselm von Feuerbach*<sup>513</sup> und aus der Perspektive der Staatslehre von *Carl Schmitt* aufgegriffen wurde: „Das *protego ergo obligo* ist das *cogito ergo sum* des Staates.“<sup>514</sup> Auch das Preußische Allgemeine Landrecht sah in den §§ 76 ff. der Einleitung vor, dass die Bürger vom Staat Schutz fordern können (§ 76), niemand zur Selbsthilfe berechtigt ist (§ 77), Selbsthilfe jedoch entschuldigt werde, wenn Hilfe des Staates zu spät kommen würde (§ 78).

Damit scheint eine einfache Lösung für die vorliegende Forschungsfrage gefunden zu sein. Das Verhältnis zwischen privater Notstandsbefugnis und staatlichen Verfahren hängt von der An- oder Abwesenheit bzw. (rechtzeitigen) Erreichbarkeit obrigkeitlicher Hilfe ab. Dass dieser Schein trügt und das Gewaltmonopol weder als Argument *gegen* (sogleich (2) und (3)) noch *für* (unten (4)) eine Notstandsrechtfertigung taugt, wird sich aber sogleich ergeben.

## (2) Notstandsrechtfertigung als Gefahr für die Staatlichkeit?

Zunächst überzeugt das staatliche Gewaltmonopol nicht als Argument *gegen* eine Rechtfertigung nach § 34 StGB. Ausgehend vom normativen Verständnis des Gewaltmonopols wenden manche z. B. gegen eine Rechtfertigung in den Tierschützer-Fällen<sup>515</sup> ein, diese führe zur „schleichende[n] Aushöhlung der ungeschriebenen, gleichwohl unverzichtbaren Fundamente des Staates als Rechts- und Friedensordnung“.<sup>516</sup> Ähnliches wurde an der Rechtfertigung des Klimaschutzaktivisten, der einen Baum in Flensburg besetzt hielt,<sup>517</sup> kritisiert: „Es käme letzten Endes zu einem Zustand der Gesetzlosigkeit, also mit anderen Worten zur Anarchie.“<sup>518</sup> Man argumentiert allgemein mit der „Gefahr einer Kettenreaktion privater Gewaltausbrüche, die in eine Hobbes'sche Schreckenswelt des Bürgerkriegs führen kann.“<sup>519</sup> Private Gewalt und deren Rechtfertigung müsse „den Rechtsstaat in seinem Lebensnerv treffen“<sup>520</sup> und

---

*ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), *Konsens und Konflikt*, S. 324 (334); *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 112 und 122 ff.; *Schulte*, DVBl 1995, 130 (133); *W. B. Schönemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 9 f. und 71 ff.; *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 14 f. und 18; anders *Schmidhäuser*, GA 1991, 97 (123).

<sup>511</sup> Hinweise dazu auch bei *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 158 mit Fn. 19; zu den historischen und ideengeschichtlichen Hintergründen auch *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 45–74.

<sup>512</sup> *Hobbes*, *Leviathan*, Kap. 21 (S. 171); siehe auch Kap. 14 (S. 100 f., 107); Rückblick und Schluss (S. 544); vgl. auch *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 3 f.

<sup>513</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, § 36.

<sup>514</sup> *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 49; Hervorhebung im Original.

<sup>515</sup> Insbesondere OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris.

<sup>516</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (201).

<sup>517</sup> AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris.

<sup>518</sup> *Zieschang*, JR 2023, 141 (146).

<sup>519</sup> *Isensee*, FS Eichenberger, S. 23 (40).

<sup>520</sup> *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 66.

„den innerstaatlichen Rechtsfrieden brechen, Bürgerkriege oder bürgerkriegsähnliche Situationen heraufbeschwören und die Hegemonie des Rechts zugunsten einer Hegemonie der Gewalt ablösen.“<sup>521</sup> Befürchtet wird ein „Ende der politischen Zivilisierung [...] und der Anfang vom Ende des inneren Friedens“,<sup>522</sup> ein „Rückfall ins Mittelalter“ und in einen „modernen status naturalis, in dem die Großstädte versinken“<sup>523</sup>.

Lässt man die starke Wortwahl außer Acht, handelt es sich hier um eine Form des Dammbbruch- oder Schiefe-Bahn-Arguments. Die Notstandsrechtfertigung einer Tat soll eine Ereignisfolge in Gang setzen, die Schritt für Schritt zu einem katastrophalen Endzustand führt.<sup>524</sup> Dabei zeigt sich die bereits beschriebene Unwiderstehlichkeit des Gewaltmonopols als Argument und die von *W. B. Schünemann* erwähnte forschungspsychologische Herausforderung einer Beschäftigung mit dem Thema.<sup>525</sup> Sowohl den Tier- und Klimaschützern als auch dem eine Rechtfertigung bejahenden Rechtswender wird mit der suggestiven Kraft des Bildes bürgerkriegsartiger Zustände ein Angriff auf die Grundpfeiler der Staatlichkeit angelastet.<sup>526</sup> Die Frage nach der Notstandsrechtfertigung wird damit zur Entscheidung zwischen Staat und Anarchie.

Ungeachtet aller Kritik an den erwähnten Urteilen<sup>527</sup> ist das jedoch übertrieben. Dammbbruchargumente setzen „komplexe Risikoeinschätzungen soziologischer, sozialpsychologischer, wirtschaftlicher und politischer Art“<sup>528</sup> voraus. Solche Prognosen müssen erstens auf verlässlicher Grundlage stehen und zweitens auch einen Abbruch der Ereigniskette und dessen Wahrscheinlichkeit einbeziehen.<sup>529</sup> Beides bleiben die Stellungnahmen schuldig. Zur Begründung der Kettenreaktion im Sinne der ersten Voraussetzung stehen historische Vergleiche, etwa mit der Weimarer Republik in den 1920er Jahren, jedenfalls nicht zur Verfügung. Das solchen Gedanken zugrunde liegende zyklische Geschichtsbild berücksichtigt historische Weiterentwicklungen ebenso wenig wie die gesellschaftlichen, politischen und rechtlichen Unterschiede zwischen der Weimarer Republik und der BRD des 21. Jahrhunderts. Was die zweite Anforderung betrifft, würde eine konsequente *staatliche* Rechtsdurchsetzung im Tierschutzrecht oder eine legislative Änderung desselben, z. B. in Form eines Verbots der Massentierhaltung, Aktionen nach dem Vorbild der Tierschützer-Fälle ihrer Grundlage berauben. Auch im Zusammenhang mit dem Klimaschutz ist eine u. U. verfassungsrechtlich geforderte<sup>530</sup> Verschärfung der klimaschutzrechtlichen Vorga-

<sup>521</sup> *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 67.

<sup>522</sup> *Matz*, in: *Randelzhofer/Süß* (Hrsg.), *Konsens und Konflikt*, S. 336 (345); dort auch das folgende Zitat.

<sup>523</sup> *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit, S. 56.

<sup>524</sup> Allgemein dazu *Engisch*, FS Schaffstein, S. 1 ff.; *Saliger*, JRE 15 (2007), 633 ff.

<sup>525</sup> Siehe nochmals *W. B. Schünemann*, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, S. 6.

<sup>526</sup> Allgemein zu den Funktionen des Dammbbrucharguments *Saliger*, JRE 15 (2007), 633 (652 ff.).

<sup>527</sup> Dazu noch unten E.III.3.a)bb), S.400 ff. (Klimaschützer) und E.IV.3.a)bb), S.436 ff. (Tierschützer).

<sup>528</sup> *Saliger*, JRE 15 (2007), 633 (641).

<sup>529</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen auch *Saliger*, JRE 15 (2007), 633 (641 f.).

<sup>530</sup> Vgl. BVerfGE 157, 30 ff.

ben nicht ausgeschlossen. Ein Abbruch der befürchteten Kettenreaktionen ist also mindestens ebenso wahrscheinlich wie ein landesweiter Aufstand von Tier- und Klimaschutzaktivisten. Allgemein lässt sich auch ein Gedanke bei *Rawls* heranziehen: In einigermaßen stabilen Gesellschaften bringt die „natürliche Stärke freier Institutionen“<sup>531</sup> auch bei einzelnen Abweichungen stabilisierende Kräfte hervor. Eine Notstandsrechtfertigung führt also, selbst wenn man ihre normativen Auswirkungen auf andere Fälle bedenkt, nicht unaufhaltsam zum Bürgerkrieg.

Im Übrigen lässt sich das Dambruchargument auch umgekehrt verwenden.<sup>532</sup> Anstatt zu befürchten, dass die Rechtfertigung der Tier- und Klimaschützer zur Anarchie führt, *könnte* man auch behaupten (ohne dass dies hier geschieht), eine Bestrafung derselben laufe Schritt für Schritt auf ein Verbot aller Protestaktionen und die Aushöhlung der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG hinaus. Die Grenzen zwischen Bäume besetzenden Klimaschützern, Protestcamps<sup>533</sup> und Versammlungen im Frankfurter Flughafen<sup>534</sup> sind genauso fließend wie die zwischen „maskierten“ Tierschützern,<sup>535</sup> Bürgerwehren<sup>536</sup> und Privatarmeen<sup>537</sup>. Damit könnte die Versagung einer Notstandsrechtfertigung genauso gut als erster Schritt zu einer Aushebelung der Kommunikationsgrundrechte wie als Auflösung des inneren Friedens angesehen werden. Dass man den Dambruch aus zwei Richtungen verurteilen kann, zeigt, dass Dambruchargumente bereits ein *Vor-Urteil* über den erstrebten und den befürchteten Zustand beinhalten.<sup>538</sup> Wer eine Notstandsrechtfertigung als Gefahr für die Staatlichkeit ansieht, verfolgt dabei jedoch, wie die Kritik am Staat als Verfassungsvoraussetzung ergab, ein Ziel, das besser nicht erreicht werden sollte.<sup>539</sup>

### (3) Notstand als Ausnahme zum Gewaltmonopol?

Als ein Argument gegen eine Notstandsrechtfertigung kommt das staatliche Gewaltmonopol jedoch möglicherweise in Betracht, wenn § 34 StGB eine Ausnahme vom Gewaltmonopol darstellt.<sup>540</sup> Unabhängig davon, dass ein Monopol, das eine Ausnahme zulässt, durch diese Ausnahme nicht bestätigt,<sup>541</sup> sondern in seinem Monopolcharakter infrage gestellt wird,<sup>542</sup> ist diese Auffassung allerdings ebenfalls Einwänden ausgesetzt.

<sup>531</sup> *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 249.

<sup>532</sup> Siehe zum Folgenden *Engisch*, FS Schaffstein, S. 1 (2).

<sup>533</sup> Dazu beispielsweise BVerwGE 175, 346 ff.

<sup>534</sup> BVerfGE 128, 226 ff.

<sup>535</sup> Vgl. *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (195).

<sup>536</sup> Dazu beispielsweise *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 ff.

<sup>537</sup> Dazu beispielsweise *Harel*, Why Law Matters, S. 99 ff.

<sup>538</sup> Vgl. *Engisch*, FS Schaffstein, S. 1 (6).

<sup>539</sup> Verwandter Gedanke bei *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 17 ff.

<sup>540</sup> Siehe oben D. Fn. 508.

<sup>541</sup> So allgemein *Isensee*, in: HStR II, § 15 Rn. 96.

<sup>542</sup> Vgl. auch *Kämmerer*, FS Stober, S. 595 (599).

Die These ergibt nur für ein normatives Gewaltmonopol-Verständnis, nach welchem dem Staat ein Anspruch auf Monopolisierung aller physischen Gewaltamkeit zukommt, Sinn. Geht man von dem rechtstheoretischen Verständnis aus, wonach sich das Gewaltmonopol des Staates in der Einteilung der Gewalt in legitim und illegitim erschöpft, stellt § 34 StGB keine *Ausnahme*, sondern eine *Verwirklichung* dieser Verfügungsbefugnis des Staates über (private und staatliche) Gewalt dar.<sup>543</sup> Aus Sicht der Auffassung, die im Gewaltmonopol einen deskriptiv-juristischen Hilfsbegriff sieht, sprechen private Notrechte gegen den Absolutheitsanspruch dieses Rechtssatzes. Notrechte sind dann keine Ausnahmen zum Gewaltmonopol, sondern stehen als Teil der Gesamtrechtsordnung der Gesamtheit derjenigen Normen, die zum staatlichen Gewaltmonopol zusammengefasst werden, gegenüber. Mit anderen Worten: § 34 StGB war nie von einem Gewaltmonopol im deskriptiv-juristischen Sinne umfasst, sodass er auch keine Ausnahme von demselben beschreibt.<sup>544</sup>

Auf Grundlage des normativen Verständnisses wird zunächst ein bereits bekannter Einwand gegen dessen Prämisse deutlich. § 34 StGB erlaubt ein Verhalten, das an sich durch die Straftatbestände verboten ist. Aus grundrechtlicher Sicht ist aber nicht diese *Erlaubnis*, sondern das *Verbot* als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig. Die Freiheit des Einzelnen ist die Regel und nicht die Ausnahme.<sup>545</sup> Die Prämisse der bürgerlichen *Friedenspflicht*, die im Einzelfall ausnahmsweise suspendiert wird, kehrt dieses grundrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen staatlichen und privaten Befugnissen um. Die Behauptung, § 34 StGB stelle eine Ausnahme zum Gewaltmonopol dar, teilt also die allgemeinen Bedenken gegen ein normativ verstandenes staatliches Monopol physischer Zwangsanwendung.

Außerdem formuliert die These vom Notstand als Ausnahme zum Gewaltmonopol lediglich die Überlegung, der rechtfertigende Notstand stelle einen Rückfall in den Naturzustand dar,<sup>546</sup> um. Das erinnert an die von *Johann Gottlieb Fichte* stam-

---

<sup>543</sup> Vgl. auch *Kämmerer*, FS Stober, S. 595 (599); zum Rechtsfrieden ähnlich *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 73. Angesichts dessen bewegt sich *Merten* in der Nähe eines Selbstwiderspruchs, wenn er die Notrechte einerseits als Form der Gewaltgestattung, andererseits als Ausnahme vom Gewaltmonopol ansieht (*Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56 ff.; *ders.*, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konflikt und Konsens, S. 327 (333 ff.)). Wenn das Gewaltmonopol *auch* besagt, „dass jede nichtstaatliche Gewaltanwendung nur aufgrund einer staatlichen Gewaltgestattung erfolgen darf“ (*Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 56), sind Not- und Selbsthilferechte keine Ausnahmen oder Durchbrechungen, sondern Bestätigungen dieses Gewaltmonopols. *Merten* scheint zwischen normativem und rechtstheoretischem Gewaltmonopol-Verständnis zu schwanken. Konsequenter hingegen etwa *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 14.

<sup>544</sup> Das ähnelt im Ergebnis, nicht in der Begründung, der These *Schmidhäusers* von der Nicht-Geltung des Gewaltmonopols bei der Notwehr (*Schmidhäuser*, GA 1991, 97 (122 ff.)). Deutlich wird damit, dass eine Auseinandersetzung über die Geltung des Gewaltmonopols bei Notrechten nur sinnvoll ist, wenn die Begrifflichkeiten einheitlich verwendet werden. Zu *Schmidhäuser* auch nochmals *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 156 ff.; *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 113 ff.

<sup>545</sup> Ähnliche Bedenken bei *Möllers*, Staat als Argument, S. 282 gegen die Figur der Gewaltgestattung.

<sup>546</sup> Oben D. Fn. 507.

menden Auffassung, der Täter stehe im Notstand „gänzlich exempt von aller Gesetzgebung“.<sup>547</sup> Zwischen der Naturzustands-These und der Exemtionslehre besteht ein Zusammenhang: Wer den Staat über das Recht stellt und den Notstand als Rückfall in den Naturzustand ansieht, muss den Notstandstäter nicht nur vom Staat in den Naturzustand, sondern mit *Fichte* auch vom rechtlichen Raum ausgliedern. Dadurch kann eine Beurteilung des Notstandsfalls nur noch anhand politisch-moralischer (auch naturrechtlicher, religiöser, weltanschaulicher usw.) Normen erfolgen,<sup>548</sup> was wiederum die Verbindung zur Brückenfunktion des Notstands<sup>549</sup> schafft. All das widerspricht jedoch der *rechtfertigenden*, mit Erlaubnis und Duldungspflicht verbundenen Wirkung des Notstands in § 34 StGB, stellt dies doch gerade eine (günstige oder ungünstige) Beurteilung *durch das Recht* und mit *rechtlichen* Auswirkungen dar.<sup>550</sup> Die Rechtsfolgen des § 34 StGB zeigen schon mit ihrem Charakter als *Rechtsfolgen*, dass man sich weder im *rechts-* noch im *staatsfreien* Raum bewegt, sondern auch der rechtfertigende Notstand Teil der staatlichen Gesamtrechtsordnung ist.<sup>551</sup> Abgesehen davon handelt es sich bei der Überlegung, der Einzelne wechsele u. U. abhängig von der Erreichbarkeit obrigkeitlicher Hilfe (dazu sogleich (4)) mehrfach zwischen Staat und Naturzustand hin und her, um eine kuriose Vorstellung. § 34 StGB ist mithin kein Rückfall in einen staats- oder rechtsfreien Naturzustand,<sup>552</sup> und daher auch keine Ausnahme zum staatlichen Gewaltmonopol.

Auch wer dem nicht folgt, muss einräumen, dass ein Hinweis auf die Beziehung zwischen Gewaltmonopol und Notstand als Regel-Ausnahme-Verhältnis für sich noch keine Schlüsse auf die konkrete Abgrenzung zwischen den beiden Momenten zulässt. Aus dem Verweis auf die Regel folgt noch nichts für die Reichweite der Ausnahme.<sup>553</sup> Vielmehr bräuchte es noch ein drittes Kriterium, nach dem sich die Reichweite von Regel und Ausnahme bestimmt, und dieses bleibt an dieser Stelle noch offen. Der Gedanke wäre allenfalls unter der zusätzlichen Annahme, dass Aus-

<sup>547</sup> *Fichte*, Grundlagen des Naturrechts, S. 247; zum Einfluss *Fichtes* auf § 34 StGB und auf Ansätze, die den Täter in manchen Fällen in den „rechtsfreien Raum“ versetzen wollen, auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 20 mit Fn. 55; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 195; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 259 mit Fn. 88; *Stübinger*, ZStW 123 (2011), 403 (429 f.).

<sup>548</sup> Vgl. auch *Arthur Kaufmann*, FS Maurach, S. 327 (341).

<sup>549</sup> Siehe oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.; siehe auch oben C. Fn. 169.

<sup>550</sup> Siehe auch *Arthur Kaufmann*, FS Maurach, S. 327 (336 ff.) zur Lehre vom rechtsfreien Raum, die den rechtfertigenden Notstand ausdrücklich *nicht* umfassen soll (a. a. O., S. 337). Zu Recht kritisch zur Lehre vom rechtsfreien Raum im Unrechtsbereich *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 18 ff.; vgl. auch *Jakobs*, AT, 13/3; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 14 Rn. 11; *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 26 ff.; *Stübinger*, ZStW 123 (2011), 403 (428–438); allgemein *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), S. 191.

<sup>551</sup> Vgl. auch *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 239; ähnlich *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 21.

<sup>552</sup> Vgl. zur Notwehr auch *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (91); siehe aber auch *ders.*, StV 1993, 578 (580).

<sup>553</sup> *Erb*, FS Nehm, S. 181 (183 mit Fn. 6); *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319; *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 130; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 227 mit Fn. 211.

nahmen möglichst eng auszulegen sind,<sup>554</sup> brauchbar. Dann könnte argumentiert werden, dass das staatliche Gewaltmonopol „nicht mehr als unbedingt erforderlich durchbrochen werden“<sup>555</sup> dürfte. Welche Folgen daraus zu ziehen sind, wann eine Durchbrechung also „unbedingt erforderlich“ ist, wäre aber weiterhin unklar.

Auch die These vom rechtfertigenden Notstand als Ausnahme zum staatlichen Gewaltmonopol ist daher abzulehnen.<sup>556</sup> Sie transportiert ein falsches Vorverständnis über das Verhältnis von Staat, Recht und Individuum und den Charakter des rechtfertigenden Notstands und hält für die Bestimmung der Reichweite des § 34 StGB ohnehin keine nützlichen Erkenntnisse bereit.

#### (4) Notstandsrechtfertigung bei Abwesenheit des Staates?

##### (a) Einleitung

Auch die gegenteilige Verwendung des staatlichen Gewaltmonopols (bzw. seiner Kehrseite) als Argument für eine Rechtfertigung ist verbreitet: Bei Abwesenheit oder Nichterreichbarkeit staatlicher Hilfe sei eine Notstandsrechtfertigung möglich, weil staatlicherseits die Gegenleistung zur bürgerlichen Friedenspflicht nicht erbracht wird.<sup>557</sup> Grundlage ist erneut das normative Verständnis des Gewaltmonopols, denn aus Sicht eines rechtstheoretischen Verständnisses ist der Staat mit seiner Rechtsordnung „omnipräsent“, und aus Sicht eines soziologischen Verständnisses widerspricht ohnehin jede private Gewaltsamkeit dem Gewaltmonopol. Angesichts der bekannten Einwände gegen das normative Gewaltmonopol-Verständnis ist auch das Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe als dessen Kehrseite Kritik ausgesetzt.

##### (b) Vertragsbeziehung zum Staat?

Der erste Einwand bezieht sich auf die hinter dem Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe stehende Vorstellung einer symmetrischen, vertragsähnlichen Beziehung zwischen Bürger und Staat. Nimmt man den Gedanken eines „do ut des“<sup>558</sup> oder „protego ergo obligo“<sup>559</sup> wörtlich,<sup>560</sup> vermag ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Staat und Bürger, das auf „Schutz gegen Gehorsam“ gerichtet ist, den Bürger zwar

<sup>554</sup> Dazu allgemein etwa *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 127.

<sup>555</sup> *Kühl*, AT, § 7 Rn. 119; angedeutet bei *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 17; dazu auch *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 242 ff.; das scheint auch *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78) vorzuschweben, wenn aus dem Ausnahmecharakter die Subsidiarität gefolgert wird.

<sup>556</sup> Zur Selbsthilfe ähnlich *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 21.

<sup>557</sup> Siehe oben D. Fn. 510.

<sup>558</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (187).

<sup>559</sup> *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 49. Ob sich *Schmitt* hier zu Recht auf *Hobbes* bezieht, ist fraglich. Bei *Hobbes* besteht zwischen den Menschen und dem Staat keine Vertragsbeziehung, siehe *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, S. 85; v. *der Pfordten*, Rechtsethik, S. 334–335.

<sup>560</sup> Was freilich nicht zwingend ist. Bekanntlich gibt es unzählige kontraktualistische Ansätze, siehe nur *Kersting*, Gesellschaftsvertrag, 1994. Der übliche Sprachgebrauch legt aber eine symmetrische Gegenseitigkeitsbeziehung nahe.

von seiner Gehorsampflcht frei zu zeichnen, wenn der Staat seiner Schutzpflicht nicht nachkommt. Umgekehrt ist aber auch der Staat nicht mehr zum Schutz verpflichtet, wenn der Bürger seine Gehorsampflcht verletzt. Folglich wird jedermann, der sich rechtswidrig verhält, für „vogelfrei“ erklärt.<sup>561</sup> Man mag hierin den Gedanken eines Friedlichkeitsvorbehalts der Grundrechte wiedererkennen,<sup>562</sup> doch geht der „Rechtsbrecher“ durch sein Verhalten nach hiesiger Ansicht nicht seiner Rechte verlustig. Deshalb ist die Konzeption eines strengen Gegenseitigkeitsverhältnisses zwischen „protego“ und „obligo“ schwer vertretbar.<sup>563</sup> Damit gerät jedoch auch die Grundlage für das Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe ins Wanken.

(c) *Tatsächliche oder normative Abwesenheit?*

Stellt man sich dennoch probenhalber auf den Standpunkt der h. M. und nimmt das Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe ernst, sieht es sich im Zusammenhang mit § 34 StGB demselben Einwand ausgesetzt wie die Abgrenzung zwischen staatlichen Verfahren und privaten Notstandsbefugnissen allein anhand der Nichtanders-Abwendbarkeit der Gefahr:<sup>564</sup> Das Kriterium nimmt die normativen Dimensionen des Problems nicht ernst. Die tatsächliche An- oder Abwesenheit des Staates als Inhaber des Gewaltmonopols kann für sich genommen nicht ausschlaggebend für die Einräumung oder Ablehnung privater Befugnisse sein, denn „der Staat“ ist auch dann anwesend, wenn er, z. B. in Form eines Polizisten, den Notstandskonflikt nur beobachtet und untätig an der Seite steht, wenn er dem Eingriffopfer hilft oder mit seinem Verhalten eigene Zwecke verfolgt.<sup>565</sup> Stellt man allein auf die faktische Präsenz des Staates ab, verwirklicht sich die Prämisse eines über dem Recht stehenden Staates, denn es ist irrelevant, wie sich „der Staat“ verhält, solange er als Inhaber des Gewaltmonopols vor Ort ist und von diesem Gewaltmonopol Gebrauch machen kann. Weil aber rechtlich *nicht* egal ist, wie sich staatliche Stellen verhalten, kann die tatsächliche An- oder Abwesenheit des Staates nicht über die Notstandsrechtfertigung entscheiden.

Bedenkt man den Dreiklang aus Gewaltmonopol, Friedenspflicht und Schutzpflicht, der hinter dem Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe steht, liegt ein normatives Verständnis dieses Kriteriums ohnehin näher. Die Abwesenheit des Staates führt demnach nur dann zur Außerkraftsetzung der bürgerlichen Friedenspflicht, wenn der Staat aufgrund seiner Schutzpflicht zur Anwesenheit bzw. zur Hilfe verpflichtet gewesen wäre. Abwesenheit des Staates meint vor diesem Hintergrund nicht *physische* Abwesenheit, sondern *pflchtwidrige* Abwesenheit.

<sup>561</sup> Vgl. *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 84 mit Hinweis auf das Idealbild, um das es sich hier handelt; siehe auch *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (195); *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (91).

<sup>562</sup> Dazu oben D. Fn. 390.

<sup>563</sup> Vgl. auch *Möllers*, Staat als Argument, S. 281.

<sup>564</sup> Oben C.IV.2.b)cc), S. 180 ff.

<sup>565</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 281 f.

In mancher Hinsicht überschneiden sich faktische und normative Abwesenheit. Beispielsweise sind staatliche Stellen in *Notwehr*fällen in der Regel verpflichtet, dem Angegriffenen zur Seite zu stehen. Das folgt daraus, dass nur Individualrechtsgüter notwehrfähig sind,<sup>566</sup> es sich also immer um subjektive Rechte handelt, die in Form eines Unterlassungsanspruchs gegen den Angreifer geltend gemacht werden können, und die Gefahrenlage derart zugespitzt ist (gegenwärtiger Angriff), dass sich ein etwaiges Ermessen staatlicher Stellen (z. B. nach §§ 1, 3 PolG BW) auf Null reduziert.<sup>567</sup> Gegen einen zufällig physisch anwesenden Polizisten hätte der Angegriffene also einen Anspruch auf Schutz durch Erlass einer Polizeiverfügung gegen den Angreifer und deren Vollstreckung. Der Hoheitsträger, der faktisch abwesend ist, untätig bleibt oder dem Angreifer zur Seite steht, erfüllt diesen Anspruch nicht und ist (zugleich) normativ abwesend.<sup>568</sup> Ähnliches gilt für die Selbsthilfe nach § 229 BGB. Hier sind die zuständigen Stellen aufgrund des Justizgewährleistungsanspruchs und des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) zur Durchsetzung des von § 229 BGB vorausgesetzten materiell-rechtlichen Anspruchs verpflichtet.<sup>569</sup> Ist (Eil-)Rechtsschutz zur Durchsetzung des materiellen Anspruchs im Einzelfall aus Zeitgründen nicht möglich oder wird dieser zu Unrecht verweigert,<sup>570</sup> dann ist staatliche Hilfe faktisch nicht erreichbar und zugleich normativ abwesend, und es besteht eine Selbsthilfebefugnis nach § 229 BGB.<sup>571</sup> Bei Notwehr und Selbsthilfe ist also eine *faktische* Abwesenheit des Staates auf der Seite des Angegriffenen oder Anspruchsinhabers häufig zugleich eine *rechtswidrige* Abwesenheit. Anders ist dies bei § 34 StGB.<sup>572</sup> Hier ist staatliche Hilfe, wenn sie faktisch nicht erreichbar ist, nicht selten *zu Recht* abwesend, weil sich die zuständige Stelle rechtmäßig *gegen* eine Abwehr der Gefahr entscheidet. V. a. infolge des breiteren zeitlichen Anwendungsbereichs des § 34 StGB (gegenwärtige Gefahr) und der Notstandsfähigkeit auch kollektiver Rechtsgüter können beim rechtfertigenden Notstand *faktische* und *rechtswidrige* Abwesenheit des Staates häufiger auseinanderfallen. Dass dieser Umstand nicht immer hinreichend berücksichtigt wird, zeigten schon die Ausführungen zur Notstandsdogmatik.<sup>573</sup> Versteht man die Abwesenheit staatlicher Hilfe mit Blick auf das Gewaltmonopol allerdings nicht faktisch, sondern normativ, stellt sich das Problem in der Form nicht mehr. Im Fall *recht-*

<sup>566</sup> Allgemeine Meinung, siehe nur *Rengier*, AT, § 18 Rn. 10.

<sup>567</sup> Dazu, dass Notwehr u. a. negatorische Schutzansprüche durchgesetzt, siehe *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 60 ff.; dort S. 67 ff. auch zur entsprechenden *Verpflichtung* des Staates, helfend tätig zu werden (zusammenfassend ebd., S. 82).

<sup>568</sup> Vgl. auch *Sengbusch*, Subsidiarität der Notwehr, S. 264: Ein sich rechtswidrig verhaltender Hoheitsträger ist zu behandeln, als wäre er überhaupt nicht anwesend.

<sup>569</sup> Weiterführend *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 251 ff. mit Differenzierung zwischen Rechtsschutz- und Vollstreckungsanspruch.

<sup>570</sup> Differenzierend *W. B. Schönemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 74–76; vgl. auch *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 17.

<sup>571</sup> Vgl. aber auch *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 17.

<sup>572</sup> Hier wirkt sich die Einsicht aus, dass § 34 StGB keinen materiell-rechtlichen Anspruch im Sinne des § 194 BGB durchsetzt, siehe *Klingbeil*, Not- und Selbsthilferechte, S. 192.

<sup>573</sup> Vgl. oben B.IV.1, S. 89 f. und C.IV.2.b)cc), S. 180 ff.

mäßiger Verweigerung staatlicher Hilfe auf der Seite des Notstandstäters wäre der Staat nicht *rechtswidrig* abwesend und privates Vorgehen folglich unzulässig.<sup>574</sup>

Wenngleich die so erzielten Ergebnisse häufig auf einer Linie mit dem später zu entwickelnden Ansatz dieser Arbeit liegen, ist das Kriterium der pflichtwidrigen Abwesenheit des Staates zwei Einwänden ausgesetzt. Erstens schränkt man so den rechtfertigenden Notstand auf den Schutz von Individualrechtsgütern ein, kann doch unmittelbar zugunsten kollektiver Rechtsgüter, die nach hiesiger Ansicht ebenfalls notstandsfähig sind,<sup>575</sup> keine staatliche Schutzpflicht bestehen.<sup>576</sup> Zweitens geht die Verankerung des Kriteriums der normativen Abwesenheit staatlicher Hilfe im gesellschaftsvertraglichen Junktum „Schutz gegen Gehorsam“ von einer vorrechtlichen Schutzverpflichtung des Staates aus, während die Frage, ob staatliche Hilfe rechtmäßig oder rechtswidrig verweigert wird, im hier vertretenen Ansatz nur anhand des positiven Rechts beantwortet werden kann. Dass das Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe im Zusammenhang mit § 32 StGB und § 229 BGB anwendbar ist, stellt insofern einen juristischen Zufall dar, denn hier deckt sich eine auf einem vorrechtlichen (z. B. hobbesschen) Unterwerfungsvertrag fußende vorpositive weitgehend mit einer positiv-rechtlichen Schutzpflicht des Staates aus den Grundrechten. Beim rechtfertigenden Notstand ist eine solche Übereinstimmung aber jedenfalls nicht zwingend.<sup>577</sup> Im Ergebnis ist das Kriterium, versteht man es als *normative* Abwesenheit staatlicher Hilfe, also zwar nicht völlig ungeeignet zur Abgrenzung zwischen privaten und staatlichen Befugnissen – aber auch nicht völlig überzeugend.

#### (d) Stellung des Eingriffsopfers

Der rechtfertigende Notstand unterscheidet sich jedoch nicht nur dadurch von Notwehr und Selbsthilfe, dass faktische und normative Abwesenheit staatlicher Hilfe teils ebenso auseinander fallen wie vorpositive und positiv-rechtliche Pflichten des Staates, sondern im Fall des Aggressivnotstands auch durch die Erlaubnis zum Eingriff in Rechte unbeteiligter Dritter. Diesem Umstand wird man mit dem Kriterium der Abwesenheit staatlicher Hilfe nicht gerecht. Nur weil in der Beziehung zwischen Notstandstäter und Staat ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen bürgerlichem Gewaltverzicht und staatlicher Schutzpflicht gestört ist, verlieren die Rechte und Interessen des Eingriffsopfers nicht an Wert. Das Eingriffsopfer hat mit einer An- oder Abwesenheit staatlicher Hilfe auf der Seite des Notstandstäters nichts zu tun, und doch soll die Abwesenheit des Staates zum Eingriff in die Rechte eines Unbeteiligten ermächtigen?<sup>578</sup> Das Denken in Kategorien des staatlichen Gewaltmonopols be-

<sup>574</sup> Konsequenz Bock, ZStW 131 (2019), 555 (573 ff.).

<sup>575</sup> Oben C.IV.2.a)bb), S. 169 ff.

<sup>576</sup> Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (68 mit Fn. 57).

<sup>577</sup> Nicht zufällig begründet Feuerbach mit der Abwesenheit staatlicher Hilfe nur die Notwehr und nicht den Notstand, siehe Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, § 36 und § 37.

<sup>578</sup> Vgl. auch oben D. Fn. 470.

schränkt den Blick auf das Verhältnis zwischen Staat und Täter und vernachlässigt das Eingriffsoffer und dessen Beziehung zu Täter und Staat.<sup>579</sup>

(e) *Ergebnis zur Abwesenheit des Staates*

Das Kriterium der Abwesenheit staatlicher Stellen als Kehrseite eines normativ verstandenen staatlichen Gewaltmonopols teilt sich mit diesem die Kritik an seinen Prämissen zum Verhältnis zwischen Staat, Recht und Bürger. Auch sonst überzeugt es für § 34 StGB nicht. Die Nichterreichbarkeit staatlicher Stellen wird im Folgenden zwar noch relevant werden.<sup>580</sup> So wie es herkömmlich vertreten wird, ist dem Kriterium jedoch nicht zu folgen.<sup>581</sup>

(5) *Verfassungstheorie und Notstandsdogmatik*

Schließlich treffen immer dann, wenn innerhalb des rechtfertigenden Notstands mit dem staatlichen Gewaltmonopol argumentiert wird – sei es *für* oder *gegen* eine Rechtfertigung, *direkt* oder *indirekt* – verschiedene bereits bekannte Probleme aufeinander und verstärken sich gegenseitig. Das gibt Anlass, die Verbindungen zwischen den bisherigen Erkenntnissen zu betrachten. Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die schon erwähnte Kategorie der Verfassungsvoraussetzung. Diese sucht nach den Bedingungen oder Fundamenten der Geltung oder Wirksamkeit der Verfassung.<sup>582</sup> Daran ist nichts auszusetzen, sofern man sich der Grenzen einer solchen „methodischen Gratwanderung“<sup>583</sup> bewusst ist. Die Suche nach den „nicht-positivierten und überwiegend auch nicht-positivierbaren Bedingungen, unter denen Verfassungsbestimmungen ihre volle Sinnentfaltung und Sinnerfüllung erst erfahren“,<sup>584</sup> ist eine Frage der Verfassungstheorie,<sup>585</sup> die *Matthias Jestaedt* als Beob-

<sup>579</sup> Denkbar ist es freilich, in jeder Verletzung eines Straftatbestands „nur“ eine Verletzung des staatlichen Gewaltmonopols (oder des „King’s Peace“) zu sehen und anstelle des konkreten Geschädigten *den Staat* zum eigentlichen Opfer einer jeden Tat zu machen (vgl. hierzu und zu den Hintergründen *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 167 f. m. w. N.; aktuell vertritt einen solchen Ansatz etwa *Thorburn*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 7 (23 ff.); *ders.*, *University of Toronto Law Journal* 70 (2020), 44 (53 ff.)). Innerhalb der Extremform eines solchen Strafrechtsverständnisses bestehen keine Probleme mit der Stellung des konkreten Opfers, weil dieses ohnehin keine relevante Rolle spielt. Allerdings schrumpft dann der Hinweis auf das Gewaltmonopol zum Hinweis auf die verletzte Strafnorm, deren Rechtfertigung bei § 34 StGB gerade fraglich ist.

<sup>580</sup> Siehe unten E.IV.2.b), S. 431 ff.

<sup>581</sup> Differenzierend hierzu im Zusammenhang mit der Frage nach der Notstandsfähigkeit kollektiver Rechtsgüter *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 440 (451 ff.).

<sup>582</sup> Siehe oben D. Fn. 379.

<sup>583</sup> *Möllers*, VVDStRL 68 (2008), 47 (49).

<sup>584</sup> *Jestaedt*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 1 Rn. 36.

<sup>585</sup> *Honer*, *Der Staat* 61 (2022), 235 (249 f.); *Isensee*, in: *HStR IX*, § 190 Rn. 81 ff.; *Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, S. 58 und 61 ff.; *ders.*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 1 Rn. 36 ff.; zum Gewaltmonopol als Teil der Verfassungstheorie auch *Gusy*, *DÖV* 1996, 573 (575); *Klein*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, § 19.

achter-, Grundlagen- und Reflexionsdisziplin der Verfassungsdogmatik bezeichnet.<sup>586</sup> Gegenstand der Verfassungstheorie ist die „Verfassung hinter der Verfassung“<sup>587</sup> bzw. die „Suprastruktur“ hinter den positiven Verfassungsbestimmungen.<sup>588</sup> Verfassungstheoretische Untersuchungen machen u. a. ein verfassungsbezogenes Vor- bzw. Hintergrundverständnis explizit, ergänzen praxisbezogene Verfassungsdogmatik um theoretische Reflexion und ermöglichen Kritik am positiven Verfassungsrecht.<sup>589</sup> Allerdings entfalten verfassungstheoretische Grundsätze keine unmittelbare normative Relevanz auf (verfassungs-)rechtlicher Ebene.<sup>590</sup> Der Verfassungstheorie geht es nicht um Verfassungs*legalität*, sondern um Verfassungs*legitimität*.<sup>591</sup> Wer beides vermischt, umgeht die verfassungspolitische Gestaltungsfreiheit des *Verfassungsgebers*, unterläuft das positive Verfassungsrecht und überlastet dieses mit verfassungstheoretischen Großformeln.<sup>592</sup> In Verbindung mit den Problemen bei der Ermittlung eines Funktionszusammenhangs zwischen Verfassungsvoraussetzung und Geltung oder Wirksamkeit der Verfassung<sup>593</sup> zeigt sich eine Parallele zur Überschreitung der Diskursebenen, die bereits in anderem Zusammenhang kritisiert wurde.<sup>594</sup> „Wer als Jurist im Verfassungsstaat und im Rahmen der Verfassungsauslegung auf Staatstheorie Bezug nimmt, steht im Verdacht, die Wertungen des Grundgesetzes durch meta-verfassungsrechtliche Überzeugungen überspielen zu wollen.“<sup>595</sup> Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik sind genauso voneinander zu unterscheiden wie Strafrechtstheorie und Strafrechtsdogmatik,<sup>596</sup> und aus einem als Verfassungsvoraussetzung verstandenen staatlichen Gewaltmonopol lassen sich keine unmittelbaren Folgerungen für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ziehen.<sup>597</sup>

<sup>586</sup> *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 19 und 40 ff.; *ders.*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 1 Rn. 11 und 48 ff.

<sup>587</sup> So der Titel bei *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; vgl. insbesondere S. 54 ff.

<sup>588</sup> *Jestaedt*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 1 Rn. 40 f. m. w. N.

<sup>589</sup> Ausführlich *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 40–44, 51–72 und 90–92.

<sup>590</sup> Vgl. *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 61–64, 83 und 94–96; *ders.*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 1 Rn. 79; übereinstimmend *Honer*, Der Staat 61 (2022), 235 (239 ff. und 251).

<sup>591</sup> *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 64.

<sup>592</sup> *Honer*, Der Staat 61 (2022), 235 (241).

<sup>593</sup> Siehe oben D.II.4.c)bb)(3)(b), S. 268 ff. und nochmals *Möllers*, Staat als Argument, S. 257 f.

<sup>594</sup> Oben C.II.3.d), S. 152 ff.

<sup>595</sup> *Vofßkuhle*, in: *ders./Bumke/Meinel* (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates, S. 371 (373); ohne die Hervorhebung des Originals.

<sup>596</sup> Verfassungstheorie als Disziplin lässt sich mit der Allgemeinen Verbrechenslehre oder Strafrechtstheorie vergleichen. Um die Parallele zu erkennen, braucht man nur Aussagen *Pawliks* (z. B. GA 2014, 369 ff.) und *Jestaedts* (z. B. in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, § 1) nebeneinander zu legen (beachte aber *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 65 f.). Jeweils geht es um die Aufarbeitung und Reflexion gewisser Hintergrundannahmen des positiven Rechts oder der Dogmatik, ohne dass diese Aussagen mit derselben Verbindlichkeit wie das positive Recht auftreten können. Zur Parallele zwischen „strafrechtlichen Metatheorien“ und der Verfassungstheorie auch *Kubiciel*, FS Juristische Fakultät Augsburg, S. 183 ff.

<sup>597</sup> Zum Gewaltmonopol ähnlich *Pelz*, NStZ 1995, 305 (306); *Seebode*, FS Krause, S. 375 (390).

Dies teilen nun auf den ersten Blick auch diejenigen, die sich besonders ausführlich mit der Kategorie der Verfassungsvoraussetzung auseinandersetzen und das staatliche Gewaltmonopol als einen Unterfall derselben ansehen. So liest man etwa bei *Isensee*: „Die Verfassungsvoraussetzung ist ein kognitiver Begriff. Die Verfassungstheorie verschafft ihren Lehren keine Rechtsverbindlichkeit. Die Qualität einer Verfassungsvoraussetzung ist eine Erkenntnis, keine Norm.“<sup>598</sup> Und: „Die Feststellung, dass eine Verfassungsvoraussetzung vorliegt, [...] enthält in sich nicht notwendig den Normbefehl, dass diese Bedingungen herzustellen oder aufrechtzuerhalten seien.“<sup>599</sup> Drei Randnummern später differenziert *Isensee* allerdings wie erwähnt zwischen Verfassungsvoraussetzungen, „die der Staat gewährleisten muss, solchen, die er gewährleisten darf, und solchen, die sich seiner Regelungsmacht entziehen“<sup>600</sup> und statuiert eine *verfassungsrechtliche* Pflicht des Staates, den Zusammenbruch einer Verfassungsvoraussetzung zu verhindern, sofern es in seiner Macht liegt.<sup>601</sup> Ähnlich nimmt *Dieter Murswiek* eine aus dem Gewaltmonopol folgende Pflicht des Staates zum Verbot privater Gewalt an.<sup>602</sup> Diese Verpflichtung, Gewaltanwendung unter Privaten zu verbieten und dieses Verbot durchzusetzen erhalte *verfassungsrechtliche* Verbindlichkeit dadurch, dass es „vom Grundgesetz als rechtlich geltend vorausgesetzt und damit positivrechtlich anerkannt“<sup>603</sup> werde. „Die verfassungsrechtliche Verbindlichkeit von rechtlichen Verfassungsvoraussetzungen ergibt sich aus ihrer impliziten Anerkennung im Verfassungsgesetz.“<sup>604</sup> Auf derselben Linie liegt schließlich, um ein letztes Beispiel zu nennen, *Landau*, was die aus dem Gewaltmonopol abgeleitete und sodann *verfassungsrechtlich* aufgeladene Staatspflicht zur Gewährleistung einer funktions-tüchtigen Strafrechtspflege angeht.<sup>605</sup> Inhaltlich wurden solche Aussagen bereits kritisiert (oben bb)(3)(b)). An der vorliegenden Stelle zeigen sie, dass die Staatsrechtslehre den Anspruch, zwischen verfassungstheoretischen und verfassungsrechtlichen Aussagen zu unterscheiden und aus der Verfassungstheorie keine *verfassungsrechtlich* verbindlichen Aussagen herzuleiten, nicht immer einlöst. Vielmehr wird aus einer Verfassungsvoraussetzung unvermittelt eine *verfassungsrechtliche* Verpflichtung des Staates gefolgert. Verfassungsrechtliche Verbindlichkeit entsteht allerdings nicht durch definitionsgemäß *verfassungsrechtlich nicht* positivierte und nur (unterstellt) vorausgesetzte Bedingungen der Verfassung.<sup>606</sup> Die Figur der Verfassungsvor-

<sup>598</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 87. Dass *Isensee* von Grundrechts- und nicht von Verfassungsvoraussetzungen redet, schadet nicht, weil er jene als Unterfall der Verfassungsvoraussetzung ansieht (ebd. Rn. 81).

<sup>599</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 88.

<sup>600</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 90; Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>601</sup> *Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 97.

<sup>602</sup> *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 102 ff.; mit Blick auf das BVerfG kritisch etwa *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, S. 58–63.

<sup>603</sup> *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 103.

<sup>604</sup> *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 104 mit Fn. 13.

<sup>605</sup> Vgl. *Landau*, NStZ 2007, 121 (126 f.).

<sup>606</sup> Vgl. auch *Kneihls*, Der Staat 44 (2005), 265 (278); ähnlich *Möllers*, Staat als Argument, S. 258.

aussetzung setzt voraus, dass eine solche Voraussetzung *nicht* verfassungsrechtlich anerkannt ist, sonst handelte es sich um eine Norm des Verfassungsrechts und nicht um deren Voraussetzung.

Was für das Verfassungsrecht gilt, gilt auch für den rechtfertigenden Notstand. Dennoch argumentieren hier wie gesehen viele mit dem staatlichen Gewaltmonopol oder der Abwesenheit des Staates als dessen Kehrseite. Das sieht sich demselben Einwand ausgesetzt wie die Ableitung verfassungsrechtlicher Pflichten des Staates aus der Verfassungstheorie. Man vermischt verschiedene Ebenen, hantiert bei Anwendung einer konkreten Rechtsnorm mit staatstheoretischen Großbegriffen und leitet daraus unmittelbare rechtliche Folgen ab, obwohl die Begriffe für sich und in ihren Auswirkungen auf andere Diskursebenen hoch problematisch sind. Man mag Einzelfallentscheidungen rechtspolitisch anhand seiner privaten Ansicht über das Verhältnis zwischen Staat und Bürger kritisieren, wenn man der hier vertretenen Haltung (auf politisch-moralischer Ebene) nicht folgt, doch handelt es sich beim Gewaltmonopol nicht um eine positiv-rechtlich verbindliche Norm.<sup>607</sup>

Nicht nur inhaltliche, sondern auch methodische Gründe sprechen also dafür, auf das staatliche Gewaltmonopol in juristischen Diskussionen, insbesondere zu § 34 StGB, zu verzichten. Die Probleme verstärken sich, wenn man sich das verbreitete Verständnis des rechtfertigenden Notstands als Brücke zwischen Recht und Moral und die Auslegung desselben anhand philosophischer Überlegungen bei *Kant*, *Hegel* usw. vergegenwärtigt.<sup>608</sup> Interpretation und Anwendung des rechtfertigenden Notstands setzen sich oft über das geltende Recht und institutionelle Entscheidungskompetenzen (insbesondere des Gesetzgebers) hinweg. Dasselbe Phänomen wurde bzgl. des staatlichen Gewaltmonopols deutlich. Dadurch stehen sich sowohl zur Begründung als auch zur Begrenzung des rechtfertigenden Notstands Ansätze und Kriterien auf vorrechtlicher und vorstaatlicher Ebene gegenüber, und man löst sich von allen rechtlichen und kompetenziellen Vorgaben. Man argumentiert mit philosophischen Großbegriffen wie Sozialnützlichkeit, Bürgerpflicht, Schutz angeborener und erworbener Rechte und Solidarität auf der einen und Gewaltmonopol, Friedenspflicht, Schutzpflicht, Gesellschaftsvertrag, Staatlichkeit, Bürgerkrieg und Anarchie auf der

<sup>607</sup> Kritisch auch *Lassahn*, AöR 143 (2018), 471 (484f.); siehe auch *Möllers*, Staat als Argument, S. 283: „Grauzone zwischen Recht und Politik“. Dazu eine methodische Bemerkung: Das normativ verstandene staatliche Gewaltmonopol wurde oben u. a. mit der Vorrangstellung des Menschen vor dem Staat, wie sie dem GG entnommen werden kann, kritisiert (D.II.4.c)bb)(3)(b), S. 268 ff.). Freilich kann ein verfassungstheoretisches Konstrukt nicht *verfassungswidrig* sein, wenn man Verfassungstheorie und Verfassungsrecht trennt (differenzierend *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, S. 94–96). Allerdings ging es der Kritik auch nicht um die Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Gewaltmonopols im engeren Sinne, sondern um dessen Konfrontation mit einer nach hiesiger Ansicht gegenüber kollektivistischen und etatistischen Prämissen vorzugswürdigen Alternative auf derselben Ebene (dem normativen Individualismus, vgl. *v. der Pfordten*, JZ 2005, 1069 ff.). Dem muss man auf politisch-philosophischer Ebene nicht folgen. Allerdings wäre die *Verrechtlichung* der sich aus anderen Ansichten ergebenden Schlüsse verfassungswidrig (vgl. dazu nochmals BVerfGE 144, 20 (264 ff.); *Möllers*, Der Staat 62 (2023), 181 ff.).

<sup>608</sup> Oben C.II.2.b)cc) S. 107 ff. und C.II.3, S. 145 ff.

anderen Seite und muss all dies zu einem Ausgleich bringen. Wenig überraschend endet dies häufig in einer Gesamtabwägung aller „positiven und negativen Vorzugstendenzen“<sup>609</sup> und in genau der Uneinheitlichkeit und Verwirrung über das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren in Literatur und Rechtsprechung, die Anlass der vorliegenden Arbeit ist. Aus Sicht des Eingriffsopfers führt dies dazu, dass § 34 StGB den Staat, der die Tat des Notstandstäters rechtfertigt und dem Opfer damit eine Duldungspflicht auferlegt, ähnlich wie in den Fällen des Staatsnotstands von allen rechtlichen Bindungen befreit und ihn dazu ermächtigt, dem Eingriffsoffer allein aufgrund politisch-moralischer Erwägungen (oder purer Dezision über den „Ausnahmезustand“<sup>610</sup>) Beschränkungen aufzuerlegen, ohne dabei rechtliche Kompetenz- und Verfahrensregeln beachten zu müssen.<sup>611</sup>

Im rechtfertigenden Notstand kulminieren mithin die fehlerhaften Herangehensweisen und die damit verbundenen fehlerhaften Vorstellungen von Recht, Staat, Gesellschaft und Individuum sowohl in Teilen der Strafrechts- als auch der Staatsrechtswissenschaft und verstärken sich gegenseitig.

#### (6) Notstand und Gewaltmonopol: Was bleibt?

Ein Gewaltmonopol im Sinne eines normativen Anspruchs des Staates, nur selbst (legitime) Gewalt auszuüben, ist nicht nur allgemein abzulehnen, sondern kann auch zur Begründung oder Einschränkung des rechtfertigenden Notstands nicht herangezogen werden.<sup>612</sup> Der Bürger ist daher nicht verpflichtet, nur zum Erhalt des Staates eine erforderliche Gefahrenabwehr zu unterlassen.<sup>613</sup> Wie gesehen wird das staatliche Gewaltmonopol vorliegend stattdessen als deskriptiv-juristischer Hilfsbegriff, aus dem sich im *allgemeinen* Verhältnis zwischen Staat und Bürger eine schwache Vermutung für einen Vorrang staatlicher Gewaltausübung ergibt, verstanden. Diese Vermutung lässt sich jedoch nicht auf den notstandsinternen Bereich übertragen. Erstens bestünde der Mehrwert einer solchen Übertragung allein in der Anregung, bei der Beurteilung von Notstandsfällen diejenigen Normen der Gesamtrechtsordnung, die zum staatlichen Gewaltmonopol zusammengefasst werden und eine Vermutung für einen Vorrang staatlicher Gewaltanwendung ergeben, zu berücksichtigen. Daraus konkrete Schlussfolgerungen für das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren zu ziehen, ist aber schwer. Und zweitens ist § 34 StGB gerade *nicht* Teil der zum Gewaltmonopol zusammengefassten Rechtsordnung, sondern erlaubt – in noch zu klärendem Umfang – private Gewalt. Das steht einer Übertragung

<sup>609</sup> Hubmann, AcP 155 (1956), 85 (92).

<sup>610</sup> Zur verfassungspolitischen Diskussion nochmals oben D. Fn. 460.

<sup>611</sup> Hintergrund ist die Annahme, die Notstandsrechtfertigung des Täters stelle aufgrund der Duldungspflicht des Opfers einen Grundrechtseingriff zu dessen Lasten dar, siehe unten D.III.3.d) bb), S. 350 ff. m. N.

<sup>612</sup> Im Ergebnis zum Gewaltmonopol ähnlich Pelz, NSTz 1995, 305 (306); Seebode, FS Krause, S. 375 (386 ff.).

<sup>613</sup> So in ähnlichem Zusammenhang Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 169.

des Gewaltmonopols auf § 34 StGB in Form der Vorrangvermutung in ähnlicher Weise im Weg wie aus der Regel nicht auf die Ausnahme geschlossen werden kann (oben (3)). Nur weil *ein* Teil der Gesamtrechtsordnung staatlicher Gewalt den Vorzug vor privater gibt, muss dies nicht auch für den *anderen* Teil, der § 34 StGB umfasst, gelten.<sup>614</sup> Mithin folgt aus dem staatlichen Gewaltmonopol für den rechtfertigenden Notstand nichts, insbesondere kein Vorrang staatlicher Durchsetzungstätigkeit.

*dd) Zwischenergebnis zum Gewaltmonopol*

Das staatliche Gewaltmonopol ist ein in seinen Prämissen, seinem Inhalt und seinen rechtlichen Auswirkungen unklarer und problematischer Begriff, auf den verzichtet werden sollte. Richtig verstanden fasst es einen Teil der Rechtslage zusammen und stellt eine Vermutung für einen relativen Vorrang staatlicher vor privater Gewaltanwendung auf. Von einem so ermittelten schwachen Vorrang staatlicher Gewaltanwendung im allgemeinen Verhältnis zwischen Staat und Bürger bleibt im Zusammenhang mit dem rechtfertigenden Notstand jedoch nichts übrig. Insbesondere folgt für den rechtfertigenden Notstand aus dem Gewaltmonopol kein staatlicher Durchsetzungsvorrang.

*d) Durchsetzungsvorrang kraft Entscheidungsvorrangs?*

*aa) Einleitung*

Das staatliche Gewaltmonopol steht also zur Begründung eines staatlichen Durchsetzungsvorrangs innerhalb des rechtfertigenden Notstands nicht zur Verfügung. Zwar wurde bereits klargestellt, dass das Gewaltmonopol ohnehin nur einen Teilbereich eines etwaigen staatlichen Vollstreckungs- oder Rechtsdurchsetzungsmonopols darstellt (oben b)). Die vorstehenden Ausführungen zum Gewaltmonopol lassen sich auf ein solches Vollstreckungsmonopol jedoch übertragen, weil dieses oft aus jenem hergeleitet oder jedenfalls irgendein Zusammenhang zwischen beiden hergestellt wird.<sup>615</sup> Die folgenden Überlegungen widmen sich demgegenüber einem anderen denkbaren Weg, einen staatlichen Durchsetzungsvorrang sowohl außer- als auch innerhalb des § 34 StGB zu begründen. Dieser knüpft an etwas an, das bereits positiv begründet wurde: den Vorrang staatlicher Entscheidungen (oben 3.d)cc), S. 248 f.). Fraglich ist, ob aus diesem Vorrang staatlicher *Entscheidungen* ein Vorrang staatlicher *Durchsetzungstätigkeit* folgt. Begründen lässt sich dies möglicherweise mithilfe einiger Gedanken *Alon Harels*, die dieser im Zusammenhang mit einer Kritik an allgemeinen Privatisierungstendenzen (privat betriebene Gefängnisse, private Söld-

<sup>614</sup> Ohne eine solche Aufteilung der Rechtsordnung in den zum Gewaltmonopol zusammengefassten Teil und den Teil, der auch private Gefahrenabwehr erlaubt, wäre die Argumentation mit dem Gewaltmonopol bei § 34 StGB, welcher Teil der Gesamtrechtsordnung ist, zirkulär, vgl. zur Notwehr *Seelmann*, ZStW 89 (1977), 36 (47); ähnliche Überlegungen bereits oben C.IV.2.c)cc)(4) S. 194 ff.

<sup>615</sup> Vgl. beispielsweise *Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, S. 8.

nertruppen usw.) formuliert<sup>616</sup> und die für hiesige Zwecke leicht modifiziert werden. Das bietet zugleich Gelegenheit zu einer ersten Präzisierung des hier entwickelten Ansatzes.

*bb) Alon Harel und die Verbindung zwischen Entscheidung und Durchsetzung*

Der Grundgedanke *Harels* ist folgender: Zwischen einer Entscheidung und ihrer Durchsetzung bestehe eine Verbindung, und diese Verbindung sei für die Legitimität der Durchsetzung der Entscheidung unverzichtbar. Wenn also nur der Staat eine Entscheidung treffen dürfe, sei auch nur der Staat zur Durchsetzung dieser Entscheidung befugt.<sup>617</sup> *Harel* begründet diese These von der notwendigen Verbindung zwischen Entscheidung und Durchsetzung damit, dass eine *private* Durchsetzung *staatlicher* Entscheidungen unmöglich oder unzulässig ist. Private Durchsetzungsakte fußten nicht auf staatlichen, sondern immer auf ebenfalls *privaten* Entscheidungen.<sup>618</sup> Private können sich laut *Harel* staatliche Entscheidungen nicht zu eigen machen, weil sie, anders als Hoheitsträger, unmittelbar moralisch verantwortlich für ihr Tun seien. Um dieser Verantwortlichkeit gerecht zu werden, müssten Private eigene Entscheidungen treffen und könnten nicht nur fremde (staatliche) Entscheidungen vollziehen.<sup>619</sup> Außerdem bestünden bei jeder Durchsetzung einer Entscheidung unvermeidbar Spielräume, z. B. bei der Auswahl geeigneter Mittel zur Erreichung eines vorgegebenen Ziels, und innerhalb dieser Spielräume würden Private unausweichlich eigene, private Entscheidungen treffen.<sup>620</sup> Bei Hoheitsträgern werde dies dadurch ausgeglichen, dass sie innerhalb einer institutionellen Vollzugspraxis handeln. Diese konkretisiere die jeweilige Tätigkeit, indem sie einen Gleichlauf zwischen den Akten verschiedener Hoheitsträger herstelle. Außerdem gewährleiste sie einen hinreichenden Zusammenhang zwischen einem konkreten Akt und dem politischen Prozess, sodass aus der Politik Einfluss auf die Praxis genommen werden könne.<sup>621</sup> Weil Private je-

<sup>616</sup> Siehe *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 ff.; *Dorfman/ders.*, *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013), 67 ff.; *ders.*, *Why Law Matters*, S. 65 ff.; *Dorfman/ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 ff.; *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 229 ff.; *ders.*, *Nomos* 60 (2019), 52 ff.

<sup>617</sup> *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 (114 und 130 f.).

<sup>618</sup> *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 (127 ff.). Insoweit ähnlich *Thorburn*, *University of Toronto Law Journal* 60 (2010), 425 (442): Private können nicht im Namen des Staates oder der Allgemeinheit handeln. Allerdings nimmt *Thorburn* anders als *Harel* die Defizite des Naturzustands zum Ausgangspunkt (a. a. O., S. 439 ff.).

<sup>619</sup> *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 (129 f.).

<sup>620</sup> Vgl. *Dorfman/Harel*, *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013), 67 (86); *Harel*, *Why Law Matters*, S. 87; *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 229 (238 f.); siehe auch *Dorfman/ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 (418 ff.); *ders.*, *Nomos* 60 (2019), 52 (67 ff.).

<sup>621</sup> *Dorfman/Harel*, *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013), 67 (79–89); *Harel*, *Why Law Matters*, S. 88 ff.; *Dorfman/ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 (412 ff.); *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 229 (237 ff.); *ders.*, *Nomos* 60 (2019), 52 (63 ff.).

doch außerhalb eines solchen Rahmens agierten, sei jeder privaten Durchsetzung eine private Entscheidung über die Ausfüllung besagter Spielräume vorgeschaltet.<sup>622</sup> Umgekehrt dürfe sich der Staat eine private Entscheidung nicht zu eigen machen, weil er andernfalls – ein aus den vorstehenden Überlegungen nicht unbekannter Gedanke – der Ansicht des einen Privaten ein höheres Gewicht zusprechen würde als der eines anderen.<sup>623</sup> Schließlich durchtrenne private Durchsetzungstätigkeit, weil sie außerhalb des institutionellen Rahmens stattfindet und immer mit privater Entscheidungstätigkeit einhergeht, die Verbindung zwischen einer staatlichen Entscheidung und den Staatsbürgern im Sinne geteilter demokratischer Verantwortung.<sup>624</sup> Öffentliche Hoheitsträger handelten demgegenüber im Namen der Bürger, die folglich politisch für die jeweiligen Akte verantwortlich seien und Kontrolle über sie ausübten.

Es lassen sich also drei Argumente unterscheiden: ein Verantwortlichkeits-Argument (Private *können* sich keine fremde Entscheidung zu eigen machen, wenn sie moralisch verantwortlich handeln wollen), ein Spielraum-Argument (der Vollzug einer Entscheidung geht immer mit eigenen Entscheidungen einher) und ein Demokratie-Argument (private Durchsetzung trennt den konkreten Akt von der demokratischen Verantwortung des Staatsvolks ab). In Verbindung mit anderen Überlegungen entwickelt *Harel* so prinzipielle (und nicht nur instrumentelle<sup>625</sup>) Einwände gegen die Privatisierung vormals staatlicher Aufgaben.

### cc) Auswirkungen auf § 34 StGB

Wenn jede private Durchsetzung zwingend auch mit einer privaten Entscheidung einhergeht, wäre die Vorstellung einer privaten Durchsetzung *staatlicher* Entscheidungen (d. h. einer Art „Durchsetzung über Kreuz“) ein Trugschluss. Wenn eine *staatliche* Entscheidung verlangt wird – und angesichts des oben ermittelten Entscheidungsvorrangs ist dies scheinbar *immer* der Fall –, müsste diese Entscheidung immer auch *staatlich* durchgesetzt werden. Private Durchsetzungsakte verstießen also gegen den Vorrang staatlicher *Entscheidungen*. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt sich bei einer Präzisierung der hier verwendeten Kategorien: Zieht man bei § 34 StGB den Kreis der mit dem Vorrang staatlicher Entscheidungen in Einklang stehenden Handlungen weiter und zugleich den Kreis der von einer privaten Durchsetzungs-

<sup>622</sup> Das Argument stellt nur einen (leicht modifizierten) Ausschnitt einer umfassenderen Argumentation dar, die für einen akteurs-abhängigen Ansatz votiert, an die Unterscheidung zwischen „fidelity by deference“ und „fidelity by reason“ anknüpft und sich ausführlich mit den „inherently public goods“ beschäftigt, siehe *Dorfman/Harel*, *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013), 67 (73 ff. und 89 ff.); *Harel*, *Why Law Matters*, S. 69 ff. und 82 ff.; *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, S. 229 (234 ff.); ähnlich *Dorfman/ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 (408 ff.).

<sup>623</sup> *Harel*, *Legal Theory* 14 (2008), 113 (129); *Dorfman/ders.*, *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013), 67 (95 f., 98); *ders.*, *Why Law Matters*, S. 98.

<sup>624</sup> Vgl. *Dorfman/Harel*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 (420 ff.); *Harel*, *Nomos* 60 (2019), 52 (69 ff.); jeweils ohne die Unterscheidung zwischen Entscheidung oder Durchsetzung o. ä.

<sup>625</sup> Siehe oben C.IV.2.b(cc), S. 180 ff.

befugnis erfassten Tätigkeiten enger als dies ein an *Harel* orientiertes Verständnis nahelegt, lassen sich *Harels* Argumente für hiesige Zwecke entkräften.

Richtig verstanden verlangt der Vorrang staatlicher Entscheidungen bei § 34 StGB gar nicht, dass eine *staatliche* Entscheidung durchgesetzt wird. Auch wenn eine *private* Entscheidung *inhaltlich* mit einer staatlichen übereinstimmt, ist die rechts- und demokratietheoretisch begründete Gleichheit der Ansichten gewahrt und sichergestellt, dass der Einzelne seiner eigenen Meinung kein größeres Gewicht als der seines Gegenübers zuschreibt. Eine private Entscheidung, die mit einer staatlichen Entscheidung übereinstimmt, hat die demokratische Mehrheit auf ihrer Seite, und erlaubter Widerstand des Eingriffsoffiziers hiergegen würde *dessen* Ansicht ein größeres Gewicht einräumen als der Mehrheitsentscheidung. Der Notstandstäter muss also nicht zielgerichtet eine *staatliche* Entscheidung durchsetzen. Ausreichend ist vielmehr, dass seine Handlung mit einer solchen Entscheidung übereinstimmt und sich als Durchsetzung dieser Entscheidung darstellt (zum Durchsetzungsbegriff sogleich). Der Grundgedanke des Verantwortlichkeits-Arguments *Harels* mag zwar zutreffen. Er schadet allerdings im vorliegenden Zusammenhang nicht.

Mit diesem weiten Verständnis des Kreises der vom Vorrang staatlicher Entscheidungen zugelassenen Handlungen ist im hiesigen Ansatz ein enges Verständnis dessen, was als „Durchsetzung“ einer solchen Entscheidung angesehen werden kann, verbunden. Von einer Durchsetzung kann nur die Rede sein, wenn keine wesentlichen Spielräume mehr bestehen. Zwar sind Spielräume bei der Umsetzung einer Entscheidung, worauf *Harel* richtig hinweist, unvermeidlich.<sup>626</sup> Dennoch lassen sich *hinreichend* vorprogrammierte Durchsetzungsakte und Entscheidungen, die *wesentliche* Spielräume ausfüllen, unterscheiden. Kriterien hierfür werden später hergeleitet.<sup>627</sup> Mit dem Spielraum-Argument weist *Harel* also zwar auf einen wichtigen Umstand hin. Auch das zwingt jedoch nicht zu einer Änderung der bisherigen Ergebnisse.

Schließlich ergibt sich aus dem Vorstehenden, weshalb auch *Harels* Bedenken in Sachen demokratischer Verantwortlichkeit im hier interessierenden Zusammenhang unbegründet sind. Verfassungsrechtlich betrachtet verweist *Harel* mit seinem Demokratie-Argument auf das Erfordernis eines ununterbrochenen demokratischen Legitimationszusammenhangs zwischen jeder staatlichen Maßnahme und dem Volk als Inhaber der Staatsgewalt.<sup>628</sup> Was die sachlich-inhaltliche Legitimation angeht, sind Bedenken gegen einen fehlenden Durchsetzungsvorrang bereits durch den engen Begriff der „Durchsetzung“ abgemildert. Wenn keine wesentlichen Spielräume bestehen, kommt ein Durchsetzungsakt *inhaltlich* nicht in Konflikt mit dem Demokratieprinzip. Und ein etwaiges Defizit an organisatorisch-personeller Legitimation<sup>629</sup>

<sup>626</sup> Näher unten D.III.2.a)aa), S. 304 ff.

<sup>627</sup> Näher unten D.III.2.d), S. 332 ff.

<sup>628</sup> Dazu oben D.II.3.c)dd)(2), S. 241.

<sup>629</sup> Freilich braucht der Notstandstäter nicht dasselbe Niveau an demokratischer Legitimation wie ein Hoheitsträger. Vielmehr zeigt sich an der Stelle, dass es bei § 34 StGB nicht in derselben Weise um Privatisierung geht, wie sie *Harel* vorschwebt.

wird bei § 34 StGB durch die demokratische Legitimation des § 34 StGB als Rechtsnorm<sup>630</sup> ausgeglichen.<sup>631</sup> Damit ist auch das Demokratie-Argument entkräftet.

Werden also der Vorrang staatlicher Entscheidungen und die auch private Durchsetzungsbefugnis bei § 34 StGB richtig verstanden, kann an der Unterscheidung zwischen Entscheidung und Durchsetzung festgehalten werden, und aus einem Vorrang staatlicher Entscheidungen folgt kein Vorrang staatlicher Durchsetzungstätigkeit.

### e) Schlussfolgerungen

Die Ergebnisse der Überlegungen zur Verteilung der Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger im demokratischen Rechtsstaat des GG und deren Übertragung auf § 34 StGB ergänzen und vervollständigen die Erkenntnisse aus der Entscheidungsdimension (oben 3.).

#### aa) Staat und Recht Teil 2: kein Staat ohne Recht

Zunächst konkretisiert die Auseinandersetzung mit dem staatlichen Gewaltmonopol die hier zugrunde liegende Auffassung über das Verhältnis zwischen Recht, Staat und Individuum. In einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Rechtsstaat ist die Vorstellung einer staatlichen Entität, die vor- und über dem Recht steht, abzulehnen. Dies begründete bereits die Absage an alle Theorien zur Legitimation des rechtfertigenden Notstands, die von einer dem Menschen übergeordneten Stellung des Staates ausgehen, wie dies etwa bei *Pawliks* Ansatz der Fall ist.<sup>632</sup> Vorliegend bedingte das die Ablehnung eines Anspruchs des Staates auf Monopolisierung aller (legitimen) Gewaltausübung.<sup>633</sup> Verbindet man dieses Staatsverständnis mit dem Rechtsverständnis, das sich aus den obigen rechts- und demokratietheoretischen Überlegungen ergab,<sup>634</sup> folgt daraus, dass es weder einen Staat ohne Recht noch ein Recht ohne Staat gibt, sondern Staat und Recht nur in ihrem Zusammenspiel gedacht werden können.<sup>635</sup> Die staats- und rechtstheoretischen Annahmen aus der Entscheidungs- und Durchsetzungsdimension („kein Staat ohne Recht“ und „kein Recht ohne Staat“) ergänzen sich dabei und setzen sich wechselseitig voraus.<sup>636</sup> Stellt man sich den Staat nicht als übermächtigen Leviathan, der vor und über dem Recht und den Bürgern steht, sondern als freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat vor,

<sup>630</sup> Oben C.II.4, S. 156 ff.

<sup>631</sup> Den Einwand würde *Harel* wohl nicht gelten lassen, vgl. *Dorfman/ders.*, *Oxford Journal of Legal Studies* 36 (2016), 400 (423); *ders.*, *Nomos* 60 (2019), 52 (70f.).

<sup>632</sup> Siehe oben C.II.2.c)cc), S. 120 ff.

<sup>633</sup> Siehe oben D.II.4.c)bb)(3)(d), S. 273.

<sup>634</sup> Siehe oben D.II.3.d)bb), S. 245 ff.

<sup>635</sup> Klassisch *Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 406; *ders.*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, S. 3, 88 und passim; vgl. auch *Möstl*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *StaatsR I*, § 1 Rn. 14–19.

<sup>636</sup> Der folgende Gedanke ist inspiriert durch *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (Nachwort 1993), S. 672 f.

schwindet zugleich das Bedürfnis, zum Schutz des Individuums gegen staatliche Übergriffe vor-rechtliche Brandmauern<sup>637</sup> in Form angeborener Rechte aufzustellen. Stattdessen kann man sich auf Grundrechte aus der Verfassung beschränken. Abweichende Auffassungen zu Recht und Staat beschwören also die Gefahr, gegen die sie schützen wollen, selbst herauf. Umgekehrt ist die Vorstellung vom Staat als vor-rechtliche Einheit<sup>638</sup> unvereinbar mit dem Pluralismus moderner („bürgerlicher“) Gesellschaften und dem Demokratieprinzip. Erstens setzt der „faktische“ Staat eine ebenso faktische Einheit und Gemeinschaft der Menschen voraus, die Meinungsverschiedenheiten nicht aushalten kann, sondern gewaltsam unterdrücken muss.<sup>639</sup> Zweitens kommt in der Vorstellung eines dem Recht übergeordneten Staates, der sich seiner gesetzlichen Bindungen im Notfall wieder entledigen kann, eine Exekutivlastigkeit dieser Theorie zum Vorschein, die mit demokratischen Ordnungen schwer vereinbar ist.<sup>640</sup> Insgesamt bedingen sich also Relativismus, Pluralismus und Demokratie auf der einen und die Absage an ein normatives Gewaltmonopol und einen starken Staat auf der anderen Seite.

#### bb) Kein Durchsetzungsvorrang bei § 34 StGB

Wenngleich auch nach der Dekonstruktion des staatlichen Gewaltmonopols mit der hier favorisierten Lesart als deskriptiv-juristischer Hilfsbegriff im allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis noch ein schwacher Prima-Facie-Vorrang staatlicher Durchsetzungstätigkeit angenommen werden kann, reduziert sich dieser im Rahmen des § 34 StGB auf Null. In Verbindung mit den Erkenntnissen zur Entscheidungskompetenz führt dies dazu, dass zwar aus Gründen der Rechtssicherheit und des Demokratieprinzips der Staat dazu berufen ist, über die Auflösung möglicher oder akuter Interessenskonflikte zu *entscheiden*, dem Bürger jedoch im Rahmen des § 34 StGB die Befugnis zukommt, Handlungen vorzunehmen, die sich als Durchsetzung solcher staatlichen Entscheidungen darstellen. Mit einem starken staatlichen Entscheidungsvorrang korrespondiert also allgemein ein nur schwacher Durchsetzungsvorrang des Staates, der innerhalb des § 34 StGB gänzlich verschwindet.

Dieses Ergebnis ist möglicherweise kontraintuitiv, denn es macht auf den ersten Blick durchaus einen Unterschied, *wer* eine staatliche Entscheidung durchsetzt: ein staatlicher Hoheitsträger oder der ungeliebte Nachbar.<sup>641</sup> Solche und ähnliche Bedenken entschärft jedoch der weitere Verlauf der Untersuchung. Wenngleich sich im

<sup>637</sup> Zum Begriff *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 315.

<sup>638</sup> Siehe zu den Hintergründen auch *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 226 ff.

<sup>639</sup> Verwandte und weitergehende Überlegungen bei *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 17 f. und 67–74; zum „Faktum der Unterdrückung“ siehe *Rawls*, Politischer Liberalismus, S. 107 f.

<sup>640</sup> Scharfe Kritik bei *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 136 ff. zum „politischen Missbrauch des metarechtlichen Staatsbegriffs“ (a. a. O., S. 136) und S. 251 ff.; vgl. auch im Zusammenhang mit dem Staatsnotrecht *Möllers*, Staat als Argument, S. 266.

<sup>641</sup> Vgl. z. B. *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (195).

Zusammenhang mit *Harel* ergab, dass zwischen Entscheidung und Durchsetzung unterschieden werden *kann*, werden die beiden Dimensionen in den folgenden Ausführungen zum Verfahrensgedanken verbunden. Dabei gleicht insbesondere der Gedanke prozeduralen Grundrechtsschutzes die vorstehende Absage an einen staatlichen Durchsetzungsvorrang bei § 34 StGB aus (unten III.3.). Anders als aufgrund des Gewaltmonopols wird die Notstandsbefugnis dann jedoch nicht mehr zugunsten des Staates, sondern zugunsten des Eingriffsopfers eingeschränkt. Bei der Verneinung eines staatlichen Durchsetzungsvorrangs aufgrund des Gewaltmonopols handelt es sich lediglich um ein Zwischenergebnis der vorliegenden Untersuchung.

##### 5. Zwischenergebnis und Übergang: vom Naturzustand zum Verfahren

Innerhalb des rechtfertigenden Notstands besteht also ein aus Relativismus, Pluralismus und dem Demokratieprinzip folgender staatlicher Entscheidungsvorrang, aber kein Vorrang staatlicher Durchsetzungstätigkeit. Der Bürger hat mit anderen Worten zwar staatliche Entscheidungen zu respektieren, darf jedoch zu deren Durchsetzung auch selbst tätig werden. Damit lassen sich die meisten der oben im Zusammenhang mit der an *Hobbes*, *Locke* und *Nozick* orientierten Arbeitshypothese formulierten Fragen beantworten (oben 2.c)). Zunächst ist der rechtfertigende Notstand kein Rückfall in einen Naturzustand (siehe oben 4.c)cc)(3)). Schon diese Erkenntnis entzieht der Hypothese ihre Grundlage. Nichtsdestotrotz ergaben die Überlegungen in der Entscheidungsdimension, dass sich der Einzelne aufgrund des § 34 StGB u. U. zum individuellen Gesetzgeber über andere aufschwingt und dies durch einen Vorrang staatlicher Entscheidungen vermieden werden muss (siehe oben 3.d)cc)). Vorbehaltlich der im weiteren Verlauf angestellten Überlegungen bestehen jedoch keine Bedenken dagegen, dass der Notstandstäter zum individuellen Vollstrecker wird. § 34 StGB verleiht in den hier verwendeten Kategorien mithin eine private Durchsetzungsbefugnis (siehe oben 4.e)bb)). Die Position eines individuellen Richters steht zwischen Gesetzgeber und Vollstrecker. Ob der Notstandstäter auch zum individuellen Richter wird und inwieweit dies problematisch ist, kann erst im Anschluss an die Verbindung der Entscheidungs- und Durchsetzungsdimension durch den Verfahrensgedanken geklärt werden (unten D.III.2.d)aa)). Wie genau diese Erkenntnisse innerhalb des § 34 StGB umgesetzt werden können, ist Gegenstand des nächsten Kapitels. Vorher wendet sich die Arbeit aber dem Verfahrensaspekt zu.

## III. Der Vorrang des Verfahrens

## 1. Einleitung

## a) Vom Vorrang des Staates zum Vorrang staatlicher Verfahren

Wenn in der Literatur und auch in der vorliegenden Arbeit vom „Vorrang staatlicher Verfahren“ die Rede ist, kommt damit zum Ausdruck, dass nicht der staatlichen Tätigkeit als solcher, sondern gerade der *als Verfahren organisierten* staatlichen Tätigkeit Vorrang gegenüber privaten Notstandshandlungen zukommen soll. Freilich handelt es sich dabei nicht um einen feststehenden Rechtsbegriff, weshalb die Relevanz des Verfahrensaspekts und des Verfahrensrechts für die vorliegende Problematik erst noch begründet werden muss. Dass auf die Auslegung des rechtfertigenden Notstands, dessen tatsächliche Situation sich meist durch eine akute Gefahrenlage auszeichnet, ein u. U. langwieriges staatliches Verfahren Einfluss haben könnte, liegt auf den ersten Blick eher fern.<sup>642</sup> Ein Indiz hierfür ergibt sich aber aus einer Rückbesinnung auf die Diskussion um die philosophische Legitimation des § 34 StGB.<sup>643</sup> Diese lässt sich zusammenfassen als Auseinandersetzung zwischen einem kantisch geprägten, auf negative und formale Freiheit fokussierten und einem auch die materiellen Bedingungen der Freiheitsverwirklichung und die Beziehungen zwischen den Bürgern in sich aufnehmenden Rechtsdenken. Die Anerkennung des rechtfertigenden Notstands stellt sich vor diesem Hintergrund als Entwicklung weg von einem liberalen hin zu einem „materiellen“ oder sozialen Rechtsverständnis dar.<sup>644</sup> Diese Entwicklung blieb aber nicht auf die Anerkennung des Notrechts beschränkt. Sich wandelnde Vorstellungen über das Verhältnis zwischen Staat, Recht und Bürger führten in anderem Zusammenhang auch zu einer stärkeren Betonung des Verfahrensgedankens. Staatliche Herrschaftsausübung erfolge, so z. B. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, nicht mehr allein in punktuellen Kontakten zwischen Staat und Bürger und dem kurzen Befehl, „sondern in länger andauernden Begegnungen, Gesprächen und Erklärung, in der Vermittlung von Einsehbarkeit“,<sup>645</sup> weshalb an die „Art der Entscheidungsfindung und ihre Vermittlung und Durchsetzung [...] andere Anforderungen gestellt werden als zu Zeiten, in denen das Gesetz Ausdruck der Vernunft war [...]“. Deshalb komme dem Verfahrensaspekt bei der Strukturierung staatlicher Tätigkeit, die sich nicht mehr nur auf Eingriffe in negative Freiheiten, sondern auch auf Leistungsgewährung und auf Verteilungsfragen beziehe, eine größere Bedeutung zu.<sup>646</sup> Sowohl die Hinwendung zu einem verfahrensbezogenen Denken als auch die

<sup>642</sup> Vgl. auch *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 270.

<sup>643</sup> Oben C.II.2, S. 94 ff.

<sup>644</sup> Allgemein und ausführlich *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 468 ff.; dazu unten D.IV.2.b), S. 360 ff.

<sup>645</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 1 (9); dort auch das folgende Zitat.

<sup>646</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtli-

Anerkennung des Notstands als Rechtfertigungsgrund verwirklicht also den Schritt von einem liberalen zu einem moderneren Rechtsdenken. Dann ist es nur konsequent, den Verfahrensgedanken und das Verfahrensrecht auch in Überlegungen zu § 34 StGB einzubeziehen.<sup>647</sup> Und weil das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren vorliegend als ein Problem der Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger angesehen wird (oben I.1.), es aber der Verfahrensgedanke ist, „der die alten Fragen des *quis iudicabit?* *quis custodiet?* weiter ausformt“,<sup>648</sup> gilt dies besonders für die vorliegende Arbeit.

Damit nähert sich die Untersuchung der Erarbeitung praktisch handhabbarer Kriterien zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren. Preis hierfür ist aber ein gewisser – vorübergehender – Verlust an Eindeutigkeit.<sup>649</sup> Die auf den ersten Blick klare Unterscheidung zwischen „Entscheidung“ und „Durchsetzung“ löst sich nun gewissermaßen im Verfahren auf. Nur so lassen sich jedoch Kriterien entwickeln, die einer komplexen Rechtsordnung gewachsen sind.

## b) Begriffsklärungen

### aa) Verfahren und Verfahrensergebnis

Es gibt verschiedene Definitionen des Verfahrensbegriffs.<sup>650</sup> Verwaltungsverfahren werden verstanden als planvoll geordnete Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung, die der Hervorbringung administrativer Entscheidungen dienen.<sup>651</sup> Im Strafverfahrensrecht ist in Anlehnung an *James Goldschmidt*<sup>652</sup> zu lesen, dass Prozess jeder rechtlich geordnete, von Lage zu Lage sich entwickelnde Vorgang

---

che Kategorie, S. 1 (10 ff.); siehe auch *Schmitt Glaeser*, in: Lerche et al. (Hrsg.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, S. 35 (57 ff.) zur „liberalistischen Staatsidee“ und dem Verfahrensgedanken; weiterhin *Häberle*, *VVDStRL* 30 (1972), 43 (55 ff.) zum Leistungsstaat und der gewandelten Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft hin zu mehr Kommunikation und Kooperation statt Subjektion.

<sup>647</sup> Andeutungen in diese Richtung bei *Jakobs*, *AT* 13/36 zur verfahrensmäßigen Kanalisierung; siehe auch *Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555 (567) zur legitimierenden Kraft des Verfahrens.

<sup>648</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, S. 1 (11).

<sup>649</sup> Siehe auch *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, S. 1 (15): „Einem [...] auf klare Distinktionen und Isolierbarkeit einzelner Elemente angelegten Denken kann der Verfahrensgedanke nicht unterworfen werden. [...] Will man verfahrensmäßig argumentieren, [...], so muss man auch bereit sein, [...] von dem präzisionsverkörpernden „aut-aut“ wenigstens stellenweise Abschied zu nehmen.“ Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, *AöR* 130 (2005), 5 (24 f.).

<sup>650</sup> Vgl. auch *Schaper*, *Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens*, S. 23.

<sup>651</sup> Siehe z. B. *Fehling*, *VVDStRL* 70 (2011), 278 (281); *Hufen/Siegel*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Rn. 29; *Schoch*, *Die Verwaltung* 25 (1992), 21 (23 f.). Ohne Entscheidungsbezug *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: *GVwR* II, § 27 Rn. 1 u. 47 ff.; vgl. aber auch *Schmidt-Aßmann*, in: *HGR* II, § 45 Rn. 33; siehe auch *Maurer/Waldhoff*, *AllgVwR*, § 19 Rn. 1. Versteht man „Entscheidung“ weit und nicht nur bezogen auf rechtsförmige Entscheidungen, erübrigt sich die Kontroverse weitestgehend.

<sup>652</sup> *Goldschmidt*, *Der Prozess als Rechtslage*, S. 146 ff.

zur Gewinnung einer richterlichen Entscheidung über ein materielles Rechtsverhältnis sei.<sup>653</sup> Als Zivilprozess bezeichnet man jedes vor Gerichten stattfindende, gesetzlich geregelte Verfahren, das auf Feststellung und Durchsetzung privater Rechte des Einzelnen gerichtet ist.<sup>654</sup> Allgemein versteht z. B. *Robert Alexy* unter Verfahren Systeme von Regeln und Prinzipien zur Erzeugung eines Ergebnisses.<sup>655</sup> *Philipp Reimer* definiert das Verfahren als Inbegriff der Handlungen einer Stelle, die sinnhaft aufeinander als Handlungszusammenhang, auf eine Zielhandlung und auf ein zu befolgendes Recht bezogen sind.<sup>656</sup> Außerhalb rechtlicher Zusammenhänge bestimmt *Klaus F. Röhl* Verfahren als institutionalisierte Prozesse der Entscheidungs- und Konsensbildung,<sup>657</sup> *Roland Hoffmann* als von menschlichem Verhalten geprägte zielgerichtete Entwicklungsvorgänge<sup>658</sup> und *Niklas Luhmann* als relativ autonome, offene, Komplexität reduzierende Handlungszusammenhänge, die ein soziales System bilden und die Funktion haben, eine verbindliche Entscheidung zu erarbeiten.<sup>659</sup>

Der Begriff des „Verfahrens“ verweist zunächst auf eine Abfolge verschiedener (Verfahrens-)Schritte und beinhaltet damit ein dynamisches Element.<sup>660</sup> Weil dadurch aber nahezu jede Gegebenheit – Ereignisse in der Natur, industrielle Produktionsabläufe usw. – als Verfahren angesehen werden kann, bedarf es zum Zweck der folgenden Überlegungen einiger Einschränkungen.<sup>661</sup> Natürliche Ereignisse werden ausgeschlossen, indem man Verfahren als Abfolge *menschlicher Handlungen* definiert. Um mehrere Verfahren voneinander unterscheiden zu können, müssen die menschlichen Handlungen eines Verfahrens einen inneren Zusammenhang aufweisen.<sup>662</sup> Damit nicht jede Art menschlicher Interaktion erfasst wird, ist ein Bezug der Handlungen auf das gemeinsame Ziel der Herbeiführung einer Entscheidung notwendig.<sup>663</sup> Um *rechtliche* Verfahren handelt es sich, wenn sie als Verfahren durch das Recht institutionalisiert werden und der Verfahrensablauf rechtlich gesteuert wird.<sup>664</sup> Daraus folgt für die Zwecke dieser Arbeit: Verfahren ist eine rechtlich geordnete Abfolge menschlicher Handlungen zur Herbeiführung einer Entscheidung.

<sup>653</sup> Löwe/Rosenberg/Kühne, Einl. B Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, Einl. Rn. 1/2; ähnlich MüKoStPO/Kudlich, Einl. Rn. 2.

<sup>654</sup> Musielak/Voit/Musielak/Voit, Einl. Rn. 1.

<sup>655</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 431.

<sup>656</sup> Ph. Reimer, Verfahrenstheorie, S. 15 ff.

<sup>657</sup> K. F. Röhl, ZfRSoz 14 (1993), 1 (3).

<sup>658</sup> Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, S. 44.

<sup>659</sup> Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 40 ff.

<sup>660</sup> Löwe/Rosenberg/Kühne, Einl. B Rn. 2; Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 80 ff.; Ph. Reimer, Verfahrenstheorie, S. 13 f.; Gottwald, in: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 2; kritisch Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 38.

<sup>661</sup> Vgl. auch Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 80 ff.; K. F. Röhl, ZfRSoz 14 (1993), 1 (2 f.).

<sup>662</sup> Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 89.

<sup>663</sup> K. F. Röhl, ZfRSoz 14 (1993), 1 (4 f.); zur Kontroverse im Verwaltungsrecht siehe oben D. Fn. 651.

<sup>664</sup> Vgl. Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren,

Ein solches Verfahren ist ein *staatliches*, wenn es in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Gewalt abläuft und/oder die herbeigeführte Entscheidung eine staatliche ist.

Wenn dabei von *Entscheidung* die Rede ist, meint dies nicht dasselbe wie „Entscheidung“ im Sinne der Entscheidungsdimension des vorigen Abschnitts. Vielmehr kann auch die *Durchsetzung* einer Entscheidung eine Entscheidung im Sinne des Verfahrensbegriffs sein. Wie genau sich der Verfahrens begriff zur Unterscheidung zwischen Entscheidung und Durchsetzung verhält, wird sich noch ergeben. An dieser Stelle gilt es nur, Missverständnissen vorzubeugen. Daher ist im Folgenden anstatt von Entscheidung im Sinne des Verfahrens begriffs vom *Verfahrensergebnis* die Rede.

#### *bb) Funktionen, Zwecke, Ziele und Werte*

Die nachfolgenden Überlegungen suchen nach den Zwecken eines Verfahrens und des Verfahrensrechts, die Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren zulassen. In der Literatur ist häufig von Funktionen, Zwecken, Zielen und Werten eines Verfahrens die Rede, ohne dass genau zwischen den einzelnen Begriffen differenziert wird.<sup>665</sup> Hier werden die folgenden Begrifflichkeiten zugrunde gelegt: Funktionen sind die *tatsächlichen* Wirkungen und Folgen, die ein Verfahren hat, ob sie nun angestrebt wurden oder nicht.<sup>666</sup> Es geht also um empirische Aussagen: Gefragt wird danach, was ein Verfahren tatsächlich erreicht.<sup>667</sup> Zwecke oder Ziele hingegen betreffen die *normativen* Dimension eines Verfahrens. Gefragt wird danach, welche Wirkungen beabsichtigt sind bzw. was das Verfahren erreichen *soll*.<sup>668</sup> Dabei können Zwecke, die auf das Verfahrensergebnis bezogen sind, und solche, die unabhängig von diesem und seiner Richtigkeit bestehen, unterschieden werden.<sup>669</sup> Ob ein Verfahrenszweck in diesem Sinne ergebnisbezogen ist, hängt davon ab, ob seine Verwirklichung durch die inhaltliche Richtigkeit und Rechtmäßigkeit des Ergebnisses bedingt ist.<sup>670</sup> Damit ist die Frage nach den Werten, die im oder durch das Verfahren verwirklicht werden, verbunden. Auf solche Werte sind die

---

S. 89 ff. m. w. N.; siehe auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 42: Strukturbildung durch Rechtsnormen.

<sup>665</sup> Vgl. auch *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 107.

<sup>666</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 64 IV: Funktionen als „De-facto-Wirkungen“ des Verfahrens; allgemein ebd., § 31 II.: „Funktionen sind Wirkungen, die eintreten ohne Rücksicht darauf, ob sie bezweckt worden sind.“

<sup>667</sup> *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 105 ff.; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 133.

<sup>668</sup> *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 108 ff.; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 133. Zweck und Ziel werden hier als Synonyme verstanden, siehe auch *Popp*, a. a. O., S. 108 mit Fn. 60; *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 180 mit Fn. 86.

<sup>669</sup> Vgl. auch die Einteilung in instrumentelle und nicht-instrumentelle Funktionen bei *Burgi*, DVBl 2011, 1317 ff.; *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (281 ff.).

<sup>670</sup> *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 140.

Verfahrenszwecke ausgerichtet. Zu differenzieren ist weiterhin zwischen Zwecken des Verfahrens als Institution und Zwecken des Verfahrensrechts.<sup>671</sup> Das Verfahrensrecht institutionalisiert rechtliche Verfahren und regelt ihren Ablauf. Dabei werden die nicht alle gleichermaßen realisierbaren<sup>672</sup> Zwecke des Verfahrens untereinander und im Verhältnis zu anderen Aspekten, z. B. den Rechten der Beteiligten, zum Ausgleich gebracht.<sup>673</sup> Bei Zwecken des Verfahrens fragt man, wozu das Verfahren durchgeführt wird, und bei Zwecken des Verfahrensrechts geht es darum, wozu es geregelt wird. Von all diesen Zwecken unterscheidet sich das Ziel der Herbeiführung des Verfahrensergebnisses. Angesichts der Definition des Verfahrens als Abfolge menschlicher Handlungen zur Herbeiführung einer Entscheidung verweist die Herbeiführung des Verfahrensergebnisses lediglich auf den Verfahrensbegriff, während Verfahrenszwecke im soeben beschriebenen (normativen) Sinn außerhalb des Verfahrensbegriffs liegen.<sup>674</sup> Das Ziel, eine verfahrensabschließende Entscheidung herbeizuführen ist also nicht Zweck des Verfahrens, sondern Teil des Verfahrensbegriffs. Zwischen Ergebnis und Prozess wird also nicht (streng) getrennt.<sup>675</sup>

### c) Vorgehensweise

Oben wurde im Anschluss an *Schmidt-Aßmann* die Bedeutung des Verfahrensgedankens für eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger beschrieben. Allerdings begründet der Verfahrensaspekt dieses Verhältnis nicht völlig neu, sondern strukturiert es nur in einer besonderen Art und Weise.<sup>676</sup> Für diese Arbeit bedeutet das: Es bleibt auf einer abstrakten Ebene sowohl allgemein als auch für § 34 StGB bei der Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger, die im ersten Teil dieses Kapitels ermittelt wurde. Der Verfahrensaspekt nimmt hieran keine grundsätzliche Veränderung vor. Vielmehr strukturiert er diese Ergebnisse auf der nächst-konkreteren Ebene der Untersuchung in einer bestimmten Art und Weise. Mit anderen Worten *verwirklicht* der Verfahrensgedanke die bisherigen Erkenntnisse zum Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Wie genau dies geschieht, ergibt sich aus einer Betrachtung der Zwecke des Verfah-

<sup>671</sup> *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 199 ff.; *MüKoStPO/ders.*, Einl. Rn. 11; *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 101; gegen die Differenzierung *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 181 mit Fn. 93. Dass die Unterscheidung Sinn ergibt, zeigt sich im gerichtlichen Verfahren: Die eigentliche rechtliche Beurteilung des Sachverhalts wird nicht durch das Verfahrensrecht normiert, sondern dieses setzt nur einen Rahmen hierfür, vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 288 ff.

<sup>672</sup> *Plastisch Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (157): Magisches Vieleck mit vorprogrammierten Zielkonflikten; siehe auch ebd., S. 171 ff. und *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 13 Rn. 19.

<sup>673</sup> Weitergehende Differenzierung bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 288 ff.

<sup>674</sup> Vgl. *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 116; *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 183 ff.

<sup>675</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 1.

<sup>676</sup> Vgl. allgemein *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 3 (7 f.) zur Ordnungsaufgabe des verfahrensbezogenen Denkens.

rens und des Verfahrensrechts. Dazu werden nachfolgend die Zwecke des gerichtlichen Verfahrens (sogleich 2.a)), des Verwaltungsverfahrens (unten 2.b)) und des demokratischen Verfahrens (unten 2.c)) und die Zwecke des Verfahrensrechts (unten 3.) erörtert und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren untersucht. Demgegenüber bleiben die *Funktionen* eines Verfahrens im vorliegenden, *normativen* Zusammenhang unberücksichtigt.

## 2. Zwecke des Verfahrens

Die folgenden Ausführungen widmen sich der Frage, welche Zwecke ein Verfahren als solches hat, d. h. was im oder durch das Verfahren erreicht werden soll bzw. wozu ein Verfahren eingeleitet und durchgeführt wird. Sie unterteilen sich in Betrachtungen der Verfahren der drei Gewalten – gerichtliches, behördliches und demokratisches Verfahren – und wählen damit einen Mittelweg zwischen allgemeiner Verfahrenstheorie<sup>677</sup> und einer Differenzierung nach einzelnen Verfahrenstypen (z. B. nach Zivil-, Straf-, Verwaltungsprozess oder Ordnungs-, Gestaltungs-, Verteilungs-, Leistungs-, Qualitätssicherungs-, Vertrags- und Informationsverfahren<sup>678</sup> o. ä.).

### a) Zwecke des gerichtlichen Verfahrens

Gerichtliche Verfahren sind alle Verfahren im obigen Sinne in der Verantwortung eines Gerichts (im Sinne des Art. 92 GG) zur Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung über ein Rechtsverhältnis.<sup>679</sup>

#### aa) Verwirklichung des materiellen Rechts

Sucht man nach Zwecken des gerichtlichen Verfahrens, findet sich häufig die – naheliegende – Aussage, das gerichtliche Verfahren diene der Durchsetzung des materiellen Rechts.<sup>680</sup> So bezwecke beispielsweise das Strafverfahren die „Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs“ bzw. die Durchsetzung des materiellen Strafrechts,<sup>681</sup> der Zivilprozess primär die Feststellung und Durchsetzung subjek-

<sup>677</sup> Viele Verfahrenszwecke gelten in ähnlicher Form für alle Verfahren, vgl. *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 114 ff. und *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 180 ff.

<sup>678</sup> Zu Typen des Verwaltungsverfahrens *Schneider*, GVwR II, § 28 Rn. 158 ff.; siehe auch *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (34 ff.).

<sup>679</sup> Vgl. zum Strafverfahren *Löwe/Rosenberg/Kühne*, Einl. B Rn. 1.

<sup>680</sup> Allgemein *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 15; *Hyckel*, RW 2021, 222 (224); *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 136 ff.; *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 195 ff.; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 144 ff.

<sup>681</sup> BVerfGE 133, 168 (199); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 8; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 11; *MüKoStPO/Kudlich*, Einl. Rn. 5; *ders.*, Strafprozess und allgemeines

tiver Rechte<sup>682</sup> und der Prozess vor den Verwaltungsgerichten Individualrechtsschutz und den Schutz des objektiven Rechts durch Kontrolle der Verwaltungstätigkeit.<sup>683</sup> Oft ist auch die Rede davon, der Prozess stelle materielle Gerechtigkeit her,<sup>684</sup> doch ist hier meist keine vorpositive Gerechtigkeitsnorm, sondern lediglich die Verwirklichung eines (bestenfalls in irgendeiner Art und Weise) „gerechten“ materiellen Rechts gemeint.<sup>685</sup>

Schaut man genauer hin, handelt es sich um eine sehr voraussetzungsreiche These. Die Behauptung, das gerichtliche Verfahren setze das materielle Recht durch, ordnet den Prozess dem materiellen Recht unter und geht davon aus, dass in diesem materiellen Recht auch die gerichtliche Einzelfallentscheidung bereits enthalten ist und vom Gericht lediglich freigelegt werden muss.<sup>686</sup> Wenn dem so wäre, läge im gerichtlichen Verfahren im Verhältnis zum materiellen Recht kein eigenständiger Wert,<sup>687</sup> sondern es befände sich in „existenzieller Abhängigkeit“<sup>688</sup> vom materiellen Recht. Das ist aber zweifelhaft.

Rechtstheoretisch ist damit eine Kontroverse zwischen *Ronald Dworkin* und dem Rechtspositivismus angesprochen. *Dworkin* vertritt die These der „einzig richtigen Entscheidung“.<sup>689</sup> Der Richter setze nicht etwa eigenes Recht, sondern er stelle nur bereits existierendes Recht fest und setze dieses durch.<sup>690</sup> Der ideale Richter (Richter „Herkules“) könne alle rechtlichen Regeln und die hinter diesen Regeln stehenden Prinzipien in einer komplexen Theorie in Einklang bringen, aus der sich für jeden Einzelfall genau eine einzige richtige Entscheidung ableiten lasse.<sup>691</sup> Dass in der Rechtspraxis (Richter „Herbert“) unterschiedliche Ansichten über die richtige Ent-

---

Missbrauchsverbot, S. 207; *Rief*, FS Schäfer, S. 155 (170); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 3 und 13; vgl. auch *Löwe/Rosenberg/Kühne*, Einl. B Rn. 7 ff.

<sup>682</sup> *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (53); *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 1 ff.; *Jauernig*, JuS 1971, 329 ff.; *Musielak/Voit/Musielak/Voit*, Einl. Rn. 5; *MüKoZPO/Rauscher*, Vor § 1 Rn. 8; *Gottwald*, in: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 9 ff.; *R. Stürner*, FS Baumgärtel, S. 545 (546). Zur Frage, ob es dabei primär um die Verwirklichung des objektiven Rechts oder um Durchsetzung subjektiver Rechte geht, siehe *Gottwald*, in: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, a. a. O., § 1 Rn. 16; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 108 ff., 167 f.

<sup>683</sup> *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 7 ff. (Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte gegen staatliche Selbsthilfe); *Schoch/Schneider/Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einl. Rn. 166 ff.

<sup>684</sup> Siehe z. B. die Diskussion um die Erweiterung der Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“; dazu *Slognsat*, ZStW 133 (2021), 741 ff.

<sup>685</sup> *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 141 ff.; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar I, Rn. 20; vgl. auch *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 239 (m. w. N. in Fn. 876); nachdenklich bzgl. des Verfahrenszwecks „Gerechtigkeit“ *Neumann*, FS Jung, S. 655 (662 f.); kritisch *Jauernig*, JuS 1971, 329 (330).

<sup>686</sup> Vgl. *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 (56); das zeigt sich auch bei *Jauernig*, JuS 1971, 329 (333 f.).

<sup>687</sup> Hierzu im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Prozessrecht und materiellem Recht und Fragen der Verfahrensgerechtigkeit *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 241; *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 (53 ff.).

<sup>688</sup> *Jauernig*, JuS 1971, 329.

<sup>689</sup> *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 81 ff.

<sup>690</sup> *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 81.

<sup>691</sup> *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 105 ff. zu Herkules

scheidung bestehen, liege nicht an einem rechtlichen Regelungsdefizit, sondern allenfalls an einem menschlichen Erkenntnisdefizit.<sup>692</sup>

Auch wenn sich *Dworkin* v. a. gegen *H. L. A. Hart* wandte,<sup>693</sup> kann der These mit *Kelsen* auch ein anderer Vertreter des Rechtspositivismus gegenübergestellt werden. Dieser wendet sich gegen die Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung.<sup>694</sup> Aufgrund seiner (beabsichtigten oder unbeabsichtigten) Unbestimmtheit setze das jeweils anzuwendende Recht nur einen Rahmen für den dieses Recht anwendenden Rechtsakt fest, lasse aber mehrere Möglichkeiten zu, wie dieser Rahmen ausgefüllt werden kann.<sup>695</sup> Welche dieser Möglichkeiten letztlich zum Inhalt der das Recht anwendenden Entscheidung gemacht wird, sei eine politische Frage und rechtlich nicht vorprogrammiert.<sup>696</sup> Richterliche Tätigkeit sei daher stets sowohl Rechtsanwendung als auch eigene Rechtssetzung.<sup>697</sup> Der Richter finde nicht nur ein bereits „fix und fertig geschaffenes“<sup>698</sup> Recht und spreche dieses aus, sondern er werde auch *rechtserzeugend* tätig.<sup>699</sup> Zwar könne der durch höherrangiges Recht vorgegebene Rahmen enger und der Spielraum des Richters daher begrenzter oder aber weiter sein,<sup>700</sup> aber irgendein Spielraum bestehe immer.

*Dworkin*'s Ansicht ist mit dem auch hier zugrunde liegenden Rechtsverständnis nicht vereinbar.<sup>701</sup> Auf ihr „liegt der lange Schatten starker Idealisierungen.“<sup>702</sup> Zunächst existiert keine Methode zur Auffindung einer einzig richtigen Entscheidung.<sup>703</sup> Nicht zufällig ist dies bei *Dworkin* nur dem allwissenden Richter „Herkules“ möglich. In theoretischer Hinsicht geht *Dworkin* außerdem von der bereits abgelehnten Existenz und Erkennbarkeit absoluter Werte aus.<sup>704</sup> Dass sich alle rechtlichen Aspekte zu einem schlüssigen Ganzen fügen lassen, ist nur möglich, wenn das Gewicht eines jeden Arguments für sich und im Verhältnis zu anderen bereits feststeht,

<sup>692</sup> *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. 125 ff. zu Herbert; vgl. auch *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 38; *ders.*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S. 303 (310).

<sup>693</sup> *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. ix.

<sup>694</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 236 ff. und 346 ff.

<sup>695</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 348.

<sup>696</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 350.

<sup>697</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 240 ff.

<sup>698</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 243.

<sup>699</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 242 ff.

<sup>700</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 241 und 250 (Ausnahme: Grundnorm und Vollstreckung).

<sup>701</sup> Aus verschiedenen Richtungen gegen *Dworkin* neben den Rechtspositivisten *Alexy*, in: *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 109 (121 ff.); *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 261 ff. (allerdings mit ähnlichem Ergebnis: Konsens als einzig richtige Entscheidung; dazu *Herbst*, *JZ* 2012, 891 (896 ff.) mit Kritik); *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 203; *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 39 ff.; zu Stimmen aus der Methodenlehre unten D. Fn. 708.

<sup>702</sup> *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 261.

<sup>703</sup> *Ebd.*; siehe auch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 349 f.

<sup>704</sup> Ausführlich *Herbst*, *JZ* 2012, 891 (893 ff.); dort auch zu späteren Änderungen bei *Dworkin*; vgl. auch *Aarnio*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 409 (421).

und das ist aufgrund des Relativismus und des Faktums des Pluralismus nicht der Fall.<sup>705</sup> Schließlich unterschätzt *Dworkin* die *tatsächliche* Komplexität der Probleme, die der Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung entgegen stehen.<sup>706</sup> *Dworkins* These kann zwar, um eine bloß aleatorische Entscheidung des Gerichts zu verhindern, als regulative Idee verstanden werden, indem man dem Richter aufträgt, so zu arbeiten, *als ob* er die einzig richtige Entscheidung fällt.<sup>707</sup> Abgesehen davon ist sie aber abzulehnen.

In der heutigen Methodenlehre besteht hierüber nahezu Einigkeit.<sup>708</sup> Recht hat anders als mathematische Regeln keine ideale Existenz, aus der sich Lösungen einzelner Fragen allein im Wege logischer Subsumtion ableiten lassen.<sup>709</sup> Zwar mögen Fälle existieren, deren Lösung durch das Gesetz derart eindeutig vorgegeben ist, dass die Subsumtion keine Schwierigkeiten bereitet und nur *eine* Entscheidung richtig ist.<sup>710</sup> Doch kann es abgesehen davon nicht darum gehen, die einzig richtige, sondern lediglich eine mehr oder weniger gut *vertretbare* Entscheidung zu finden.<sup>711</sup> Die Verbindlichkeit eines gerichtlichen Urteils rührt (vergleichbar mit der staatlichen Entscheidung über aus relativistischer Sicht gleichermaßen vertretbare Möglichkeiten) nicht daher, dass sie die einzig richtige Entscheidung trifft, sondern sie ist Ausfluss der Rechtssicherheit.<sup>712</sup> Damit wird aber keine Kreationstheorie vertreten.<sup>713</sup> Auch wenn das abstrakte Recht noch im Prozess konkretisiert werden muss, entfaltet es seine Funktion im sozialen Leben auch außerhalb des Gerichts, indem es das Verhalten der Rechtsunterworfenen unmittelbar steuert. Würde das Recht erst durch den

<sup>705</sup> Vgl. auch *Alexy*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 109 (122); *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 39; *Poscher*, *JZ* 2013, 1 (3f.).

<sup>706</sup> *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 203; dazu sogleich D.III.2.a)bb).

<sup>707</sup> *Aarnio*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 409 (418 ff.); *Alexy*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, S. 109 (122 f.); *Herbst*, *JZ* 2012, 891 (898 ff.); *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, S. 116; *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 39 ff.; ders., in: *Hassemmer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S. 303 (311); kritisch *Poscher*, *JZ* 2013, 1 (4).

<sup>708</sup> Neben den oben D. Fn. 701 Genannten *Aarnio*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 409 (418 ff.); *Herbst*, *JZ* 2012, 891 (898); *Hoffmann*, *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 202 ff.; *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 1 Rn. 69; *Neumann*, in: *Hassemmer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S. 303 (310 f.); ders., *ZStW* 101 (1989), 52 (56); *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Rn. 535; *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, S. 121 f.; *Poscher*, *JZ* 2013, 1 (3 ff.); *Schaper*, *Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens*, S. 144 ff.; *Zippelius*, *Methodenlehre*, § 16 III.

<sup>709</sup> *Neumann*, in: *Hassemmer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, S. 303 (310); vgl. auch *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 1 Rn. 69.

<sup>710</sup> *Th. Möllers*, *Methodenlehre*, § 1 Rn. 65. Beispiel: Die Antwort auf die Frage, ob auch ein 30-jähriger Bewerber zum Bundespräsidenten gewählt werden kann, ist wegen Art. 54 Abs. 1 S. 2 GG eindeutig.

<sup>711</sup> *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 1 Rn. 74; f. *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Rn. 535; vgl. auch *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, S. 114 ff.

<sup>712</sup> *Zippelius*, *Methodenlehre*, § 16 III; weiterführend *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 41 ff., 53 ff.

<sup>713</sup> Näheres dazu bei *Schaper*, *Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens*, S. 116; zur Kritik etwa *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, S. 223 f.; *Schaper* a. a. O., S. 122 ff.; vgl. auch bereits *Gaul*, *AcP* 168 (1968), 27 (54 f.).

Prozess „geschaffen“, gäbe es ohne Verfahren kein Recht und auch kein rechtswidriges Verhalten.<sup>714</sup> Eine andere Auffassung setzte zudem die Bedeutung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im Verhältnis zur Judikative herab<sup>715</sup> und lieferte im Strafrecht auch Art. 103 Abs. 2 GG zuwider.

Damit kann festgehalten werden: Der Richter ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3, 97 GG). Er ist aber weder Subsumtionsautomat noch allmächtiger und ungebundener Entscheider,<sup>716</sup> sondern er trifft eine eigene Entscheidung innerhalb des einschlägigen rechtlichen Rahmens.<sup>717</sup> Das gerichtliche Verfahren bezweckt nicht allein die Durchsetzung des materiellen Rechts im Sinne eines Vollzugs bereits eindeutig feststehender materiell-rechtlicher Entscheidungen. Vielmehr ist es Teil eines Prozesses zunehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechts.<sup>718</sup> Nicht Bewährung oder Durchsetzung, sondern *Verwirklichung* des Rechts durch rechts-erzeugende Rechtsanwendung ist daher Zweck des gerichtlichen Verfahrens.

### bb) Ermittlung der materiellen Wahrheit

Als weiteren Zweck des gerichtlichen Verfahrens nennen viele die Ermittlung der materiellen Wahrheit.<sup>719</sup> Dabei geht es nicht um die Wahrheit von Aussagen über das Recht, sondern um Tatsachenwahrheit, d. h. um die Wahrheit von Aussagen über eine außerhalb des Rechts liegende Wirklichkeit.<sup>720</sup> Auch diesbezüglich besteht aber bereits über die Definition von „Wahrheit“ Streit.<sup>721</sup> Für hiesige Zwecke reicht die

<sup>714</sup> Gaul, AcP 168 (1968), 27 (54f.).

<sup>715</sup> Ähnlicher Gedanke bei Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 21 ff.

<sup>716</sup> Siehe Huber/Voßkuhle/Sommermann, Art. 20 Rn. 286.

<sup>717</sup> Vgl. auch Schaper, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 144 ff.

<sup>718</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), S. 242.

<sup>719</sup> Allgemein Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 136; Ph. Reimer, Verfahrenstheorie, S. 190; Schaper, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 156 ff.; vgl. auch Hyckel, RW 2021, 222 (233 ff.); Möllers, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 113 (127 ff.). Für den Strafprozess mit Unterschieden im Detail BVerfGE 133, 168 (199); BGHSt 9, 280; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 8; Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168–187 (mit vielen w. N.); Grünwald, ZStW 120 (2008), 545 (556 f.); Hörnle, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (184 f.); MüKoStPO/Kudlich, Einl. Rn. 7; Löwe/Rosenberg/Kühne, Einl. B Rn. 32 und Einl. H Rn. 23 ff.; Metz, ZStW 133 (2021), 447 (462); Neumann, ZStW 101 (1989), 52 ff.; Rieß, FS Schäfer, S. 155 (170); Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 3 ff.; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Rn. 20; Stuckenberg, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 ff.; Spindel, JuS 1964, 465 ff.; Volk, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, S. 7 und 15 ff.; für den Zivilprozess etwa Gaul, AcP 168 (1968), 27 (53); Gottwald, in: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 12.

<sup>720</sup> Vgl. Popp, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 123; Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168. Zur Frage nach „wahren“ normativen Aussagen Neumann, Wahrheit im Recht, S. 16 ff.; Poscher, ARSP 2003, 200 (211 ff.); siehe auch Hyckel, RW 2021, 222 (225 ff.).

<sup>721</sup> Zu den Wahrheitsbegriffen im Überblick etwa Hörnle, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (177 ff.); Neumann, Wahrheit im Recht, S. 14 ff.; Poscher, ARSP 89 (2003), 200 (201 ff.); Stuckenberg, in:

Zugrundelegung der Korrespondenztheorie aus: Eine Aussage über Tatsachen ist wahr, wenn ihr Inhalt mit der Wirklichkeit übereinstimmt.<sup>722</sup> Die Ermittlung einer so verstandenen „materiellen“ Wahrheit als Zweck des gerichtlichen Verfahrens anzusehen, ist (abgesehen vom Zivilprozess<sup>723</sup>) auf den ersten Blick naheliegend. Für den Strafprozess, der im Folgenden im Mittelpunkt steht, bringen dies etwa § 244 Abs. 2 StPO oder § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO zum Ausdruck. Es soll ermittelt werden, ob der Beschuldigte die Tat, die ihm vorgeworfen wird, tatsächlich begangen hat.<sup>724</sup> Nur dann kann das Gericht die Strafbarkeit klären. Das zeigt, dass es sich bei der Wahrheitsermittlung nur um einen Zwischenschritt oder Hilfszweck handeln kann.<sup>725</sup> Das gerichtliche Verfahren ist kein historisches Forschungsvorhaben,<sup>726</sup> sondern die Wahrheitsermittlung dient der Verwirklichung des materiellen Rechts.<sup>727</sup> Das Gericht muss feststellen, ob der Sachverhalt, der unter eine Norm subsumiert werden soll, tatsächlich vorliegt.<sup>728</sup> Die Wahrheitsermittlung legt die Grundlage für die Rechtsverwirklichung.

Auch unter Zugrundelegung der Korrespondenztheorie ist die Ermittlung der Wahrheit als Zweck des Verfahrens jedoch problematisch. Endgültige Gewissheit darüber zu erlangen, dass sich der im gerichtlichen Verfahren festgestellte Sachverhalt mit der Wirklichkeit deckt, ist unmöglich.<sup>729</sup> Selbst wenn man praktische Probleme wie begrenzte Zeit und knappe Ressourcen außer Acht lässt, existiert schon gar kein

---

Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (39 ff.).

<sup>722</sup> Siehe *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, 2.222. Zur Korrespondenztheorie als Grundlage der (straf-)prozessualen Wahrheitsermittlung auch *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168; *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (178 und 184 f.); *Hyckel*, RW 2021, 222 (228); *Löwe/Rosenberg/Kühne*, Einl. H Rn. 24 f.; *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 14; *Poscher*, ARSP 89 (2003), 200 (202 f.); *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (40); *Spendel*, JuS 1964, 465; *Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, S. 7.

<sup>723</sup> *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 4; zu Recht differenzierend *Hyckel*, RW 2021, 222 (244 f.); *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (452).

<sup>724</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 181 ff.

<sup>725</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 319; *MüKoStPO/Kudlich*, Einl. Rn. 7; *ders.*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 210; *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (452 ff.); *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 (52 f.); *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (512); *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (50 ff.); vgl. auch *Löwe/Rosenberg/Kühne*, Einl. H Rn. 24; *Gottwald*, in: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 12; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 156 ff.; *Spendel*, JuS 1964, 465 (466); *Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, S. 24 f.

<sup>726</sup> *Spendel*, JuS 1964, 465 (466 f.).

<sup>727</sup> *Hyckel*, RW 2021, 222 (230 ff.). Den Zusammenhang zeigt auch *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 157: „Bei Annahme eines falschen Sachverhalts wird eine Entscheidung tatsächlich auf eine andere Norm gestützt, als die (scheinbar) angewandte.“

<sup>728</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168; *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 122 ff.

<sup>729</sup> Dazu und zu Einwänden *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 174 f. m. w. N.; vgl. auch *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (556).

verlässliches Kriterium als Prüfstein dafür, ob der ermittelte Sachverhalt tatsächlich wahr ist.<sup>730</sup> Man kann also nie sicher sein, die „materielle“ Wahrheit ermittelt zu haben. Wie auch die rechtliche Entscheidung am Ende des Verfahrens mangels „einziger richtiger Entscheidung“ keinen Anspruch auf absolute Richtigkeit erheben kann, geht es auch in tatsächlicher Hinsicht daher nicht um die Ermittlung absoluter Wahrheit.<sup>731</sup> Aus der Verbindung dieser Schwierigkeiten mit der Notwendigkeit, die Tatsachengrundlage für die rechtliche Beurteilung zu ermitteln, ergibt sich das Erfordernis einer der Wirklichkeit bestmöglich entsprechenden Entscheidung über das Vorliegen des Sachverhalts.<sup>732</sup> Man kann dies angelehnt an *Kelsen* ähnlich begründen wie die Notwendigkeit rechtssicherer Entscheidungen: Auch in tatsächlicher Hinsicht können die Meinungen der Beteiligten über das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts divergieren, weshalb es auch hier erforderlich ist, die Diskussion über die Wahrheit abzubrechen und sich auf *eine* Wahrheit festzulegen.<sup>733</sup> Einschränkend ist aber zu bedenken, dass die menschliche Alltagsintuition in der „Naivität der Lebenswelt“<sup>734</sup> aller erkenntnistheoretischen Skepsis zum Trotz von der beschriebenen Korrespondenztheorie ausgeht.<sup>735</sup> Deshalb ist die gerichtliche Entscheidung über die Wahrheit nicht völlig frei im Sinne einer originären Herstellung einer rein prozessualen Wahrheit.<sup>736</sup> Wenn lediglich eine prozessual konstruierte Wahrheit maßgeblich wäre, könnte auch die prozessrechtliche Möglichkeit zur Korrektur (auch) solcher Fehler, die die Tatsachenfeststellung betreffen, etwa durch Wiederaufnahme im Strafverfahren (z. B. § 359 Nr. 5 StPO), nicht erklärt werden.<sup>737</sup> Folglich

<sup>730</sup> Vgl. auch *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (178); *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (50).

<sup>731</sup> *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 120 ff.; *Hyckel*, RW 2021, 222 (230 ff.).

<sup>732</sup> *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 334–336.

<sup>733</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 245; zu weitgehend aber ebd. S. 244; für Folgerungen hieraus im Verwaltungsverfahren nur *Hartmann*, Die Verwaltung 55 (2022), 91 ff.; dazu noch unten D.III.2.b)bb)(2).

<sup>734</sup> *Habermas*, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, S. 299 (320).

<sup>735</sup> *Habermas*, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung, S. 299 (319 ff.). *Habermas* vertrat bekanntlich erst eine Konsensstheorie, gab diese später jedoch zugunsten einer pragmatischen Auffassung auf (*Habermas*, a. a. O., S. 314 ff., 319 ff.). Zu Alltagsverständnis und Korrespondenztheorie auch *Greco*, Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft, S. 173; *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (184); *Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, S. 7.

<sup>736</sup> In diese Richtung *Paulus*, FS Spendel, S. 687 (696 ff.): Eine Aussage des Gerichts über einen Sachverhalt sei wahr, wenn sie (prozess-)rechtsrichtig herbeigeführt wurde. Mit Blick auf Gefahren einer Wahrheitsermittlung um jeden Preis ähnlich *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 153 f.; dem Wortlaut nach ebenso *Gärditz*, FS Paeffgen, S. 439 (446 ff.); *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (45 f.); zu *Gärditz* und *Stuckenberg* jedoch sogleich D. Fn. 738. Auseinandersetzung mit Einwänden gegen die Vorstellung einer materiellen Wahrheit bei *Greco*, Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft, S. 172 ff.

<sup>737</sup> Gedanke inspiriert durch *Greco*, Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft, S. 185 f.; siehe auch *Gärditz*, FS Paeffgen, S. 439 (447 f.); *Möllers*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 113 (127); *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale

strebt das gerichtliche Verfahren weder die Ermittlung der absoluten Wahrheit noch die Herstellung einer rein prozessualen Wahrheit, sondern eine nach menschlichen Fähigkeiten bestmögliche Annäherung an eine außergerichtliche Wirklichkeit an.<sup>738</sup>

Dass sich diese gerichtlich ermittelte Wahrheit nicht allzu weit von der verfahrensexternen Wirklichkeit entfernt, sondern es sich noch immer um eine für alle einsichtige Wahrheit handelt,<sup>739</sup> stellt das Verfahren sicher. Die verschiedenen Verfahrensschritte zur Beweiserhebung und Beweiswürdigung garantieren zwar keine absolute Wahrheit, sind allerdings so organisiert, dass möglichst alle relevanten Tatsachen zur Sprache kommen,<sup>740</sup> und schaffen dadurch eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine der Wirklichkeit bestmöglich entsprechende Sachverhaltsfeststellung.<sup>741</sup> Nicht jedes Ergebnis eines gerichtlichen Verfahrens ist also materiell wahr,<sup>742</sup> aber das Verfahren befähigt zu einer möglichst hohen Übereinstimmung der festgestellten Tatsachen mit der Wirklichkeit.

### cc) Rechtsfrieden durch Rechtskraft

#### (1) Rechtsfriedenzweck und Selbsthilfeverbot

Als weiteren (teils: übergeordneten) Zweck des gerichtlichen Verfahrens führen manche – oft unter Berufung auf *Eberhard Schmidhäuser*<sup>743</sup> – die Herstellung von Rechtsfrieden durch ein Urteil an.<sup>744</sup> Rechtsfrieden sei ein „Zustand, in dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie sich über den Verdacht

Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (46). Dieser Gedanke betrifft allein die Wiederaufnahme *propter nova*, nicht die aufgrund prozessualer Fehler; weiterführend *Slognsat*, ZStW 133 (2021), 746 (768).

<sup>738</sup> *Hörnle*, *Rechtstheorie* 35 (2004), 175 (184 f.); *Kudlich*, *Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot*, S. 209 f.; *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (449 f.); *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, S. 133 ff.; *Ph. Reimer*, *Verfahrenstheorie*, S. 190; im Ergebnis ähnlich *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, S. 173–175; *Grünwald*, ZStW 120 (2008), 545 (556 f.). Das dürfte auch mit denjenigen Stimmen übereinstimmen, die zwar der Vorstellung einer materiellen Wahrheit kritisch gegenüber stehen, jedoch auch der „prozessualen“, „forensischen“ oder „formellen“ Wahrheit den *Anspruch* zuschreiben, der materiellen Wahrheit zu entsprechen; so etwa *Gärditz*, FS *Paeffgen*, S. 439 (446 ff.); *Stuckenberg*, in: *Schroeder/Kudrato* (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*, S. 39 (45 f. und 52).

<sup>739</sup> *Hörnle*, *Rechtstheorie* 35 (2004), 175 (184): Das Urteil sollte mit „essentiellen Komponenten der geteilten Lebenswelt kompatibel“ sein.

<sup>740</sup> In Anlehnung an *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, S. 289.

<sup>741</sup> Vgl. *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 27.

<sup>742</sup> *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, S. 119 ff.

<sup>743</sup> *Schmidhäuser*, FS *Eb. Schmidt*, S. 511 (516 ff.).

<sup>744</sup> Grundlegend *Schmidhäuser*, FS *Eb. Schmidt*, S. 511 (516 ff.). Allgemein *Hyckel*, RW 2021, 222 (235 ff.); *Ph. Reimer*, *Verfahrenstheorie*, S. 190 ff.; *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, § 64 I. Für den Strafprozess neben *Schmidhäuser* insbesondere *Beulke/Swoboda*, § 1 Rn. 11; *Rieß*, FS *Schäfer*, S. 155 (170); *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 1 Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt*, *Einl.* Rn. 4; *Weber-Klatt*, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten*, S. 100–109 und 115; weitere Nachweise bei *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, S. 188 mit Fn. 654. Für den Zivilprozess etwa *MüKoZPO/Rauscher*, *Einl.* Rn. 9; siehe auch *Groschupf*, DVBl

einer Straftat beruhige.<sup>745</sup> Die verfahrensabschließende Entscheidung führe den innerhalb des Verfahrens ausgetragenen Konflikt einer verbindlichen Lösung zu, weshalb dem Verfahren friedensstiftende Wirkung zukomme.<sup>746</sup> Wenn nur Wahrheit und Gerechtigkeit Zweck des Prozesses wären, müsste jeder Prozess so oft erneuert oder so lange fortgesetzt werden, bis diese Zwecke erreicht werden.<sup>747</sup> Demgegenüber lasse sich das Institut der Rechtskraft und die nur begrenzten Möglichkeiten einer Wiederaufnahme, d.h. insgesamt der Umstand, dass u. U. auch „materiell falsche“ Urteile Bestand haben, nur erklären, wenn Zweck des Prozesses auch oder v.a. die Herstellung von Rechtsfrieden sei.<sup>748</sup> Manche greifen zur Begründung des Rechtsfriedenszwecks auch auf bekannte staatsphilosophische Gedanken zurück: „[W]enn der Staat Privatrache und Fehden [...] verbietet, erwächst ihm daraus als Kehrseite die Pflicht, selbst für den Schutz seiner Bürger Sorge zu tragen und Vorschriften zu schaffen, die eine staatliche Verfolgung und Überführung des Rechtsbrechers ermöglichen und den Rechtsfrieden durch endgültigen Abschluss des Verfahrens erneuern.“<sup>749</sup> Es scheint also eine Verbindung zwischen Gerichtsprozess und staatlichem Gewaltmonopol zu bestehen.<sup>750</sup> Aus dem Verfahrenszweck der Herstellung von Rechtsfrieden folge schließlich ein *Eigenwert* des Verfahrens gegenüber dem materiellen Recht: Rechtsfrieden durch Rechtskraft könne auch dann erreicht werden, wenn das Verfahrensergebnis „materiell falsch“ ist.<sup>751</sup>

## (2) Kritik

Andere sehen den Rechtsfriedenzweck des gerichtlichen Verfahrens kritisch.<sup>752</sup> Die These, Zweck des Verfahrens sei ein *normativ* verstandener Rechtsfrieden im Sinne *Schmidhäusers*, halten Kritiker zu Recht für tautologisch und inhaltsleer.<sup>753</sup> Wenn der Prozess die Bevölkerung befrieden soll, ist Zweck des Prozesses seine eigene

---

1962, 627. Für den Prozess vor den Verwaltungsgerichten beispielsweise Schoch/Schneider/*Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einl. Rn. 165.

<sup>745</sup> *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (522).

<sup>746</sup> *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 11.

<sup>747</sup> *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (513).

<sup>748</sup> Vgl. auch *Hyckel*, RW 2021, 222 (236 f.); *Weber-Klatt*, Die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten, S. 104.

<sup>749</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 2.

<sup>750</sup> Ähnlich *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 8; *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (452 f.).

<sup>751</sup> Vgl. *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 141.

<sup>752</sup> Kritik und Ablehnung des Rechtsfriedens als Verfahrenszweck bei *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (53 ff.); *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 189 f., 195 ff. und 350 f.; *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 4; *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 223 ff.; *MüKoStPO/ders.*, Einl. Rn. 10; *Musielak/Voit/Musielak/Voit*, Einl. Rn. 5; *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 142 ff.; *Gottwald*, in: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 17; *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 137 ff. und 162 ff.; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar I, Rn. 20 mit Fn. 44; *R. Stürner*, FS Baumgärtel, S. 545 (545 f. und passim).

<sup>753</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 190; ähnlich *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 223 ff.; *MüKoStPO/ders.*, Einl. Rn. 10.

Durchführung, und man dreht sich im Kreis. Derselbe Einwand trifft die Fokussierung auf das rechtskräftige Urteil.<sup>754</sup> Das Verfahren wird zum Selbstzweck, wenn sein Zweck nur das Verfahrensergebnis ist.<sup>755</sup> Denkbar wäre es jedoch auch, den Rechtsfrieden *soziologisch* im Sinne einer Befriedungsfunktion des Verfahrens – bezogen auf die Verfahrensbeteiligten oder die Gesamtgesellschaft – zu verstehen.<sup>756</sup> Ersteres gleicht der Vorstellung *Luhmanns* von einer Bereitschaft der unterlegenen Partei, infolge ihrer Verstrickung in das Verfahren die Enttäuschung ihrer Erwartungen zu akzeptieren.<sup>757</sup> Dann handelte es sich aber um eine tatsächliche *Funktion* des Verfahrens, aus der keine normativen Schlüsse gezogen werden können.<sup>758</sup> Das gilt auch dann, wenn ein Zustand der *Gesellschaft* gemeint ist. Hinzu kommt, dass ein prozessrechtlich ordnungsgemäß durchgeführter Prozess und dessen rechtskräftiges Ergebnis einen Zustand gesamtgesellschaftlicher Beruhigung nicht nur erreichen, sondern auch beeinträchtigen können.<sup>759</sup> Rechtskräftige Urteile, an deren *inhaltlicher* Richtigkeit Zweifel bestehen, sind teils auch geeignet, eine „Beunruhigung“ der Gesellschaft herbeizuführen.<sup>760</sup> Dann verfehlt die These vom Rechtsfrieden als Verfahrenszweck aber ihr Ziel: die Erklärung des Festhaltens an materiell fehlerhaften Urteilen. Eben diese Fixierung am Fehlerurteil lässt sich schließlich auch allgemein gegen den Rechtsfriedenzweck anführen.<sup>761</sup> Indem man versucht, ein Fehlerurteil in die Verfahrenszwecke zu integrieren, behauptet man, das Verfahren bezwecke zumindest auch die Herbeiführung eines unrichtigen Urteils. Damit wird der pathologische Zustand zum (Haupt-)Bestandteil der Verfahrenslehre.<sup>762</sup>

Dessen ungeachtet ist der Verfahrenszweck Rechtsfrieden v. a. wegen seiner Verbindung zum staatlichen Gewaltmonopol kritisch zu sehen. Den Verfahrenszweck Rechtsfrieden als Kehrseite zum Verbot von Privatrache und Fehde herzuleiten, ist ein aus der Trias von staatlichem Gewaltmonopol, bürgerlicher Friedenspflicht und staatlicher Schutzverpflichtung bekanntes Motiv,<sup>763</sup> projiziert damit aber auch die gegen das (normativ verstandene) staatliche Gewaltmonopol erhobenen Einwände<sup>764</sup> auf die Ebene des gerichtlichen Verfahrens. Zunächst kommt im gesamtgesellschaftlichen Rechtsfrieden als Prozesszweck mit Blick auf die am Konflikt Beteiligten –

<sup>754</sup> Grundlegend zur Rechtskraft als Prozessziel *Goldschmidt*, *Der Prozess als Rechtslage*, S. 150 f. und 187 f.

<sup>755</sup> *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (56).

<sup>756</sup> So etwa *Ph. Reimer*, *Verfahrenstheorie*, S. 190 ff.; *Schoch/Schneider/Schmidt-Aßmann/Schenk*, Einl. Rn. 165.

<sup>757</sup> *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 28.

<sup>758</sup> *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 6 f.

<sup>759</sup> *Greco*, *Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft*, S. 189.

<sup>760</sup> Exemplarisch der „Fall Frederike von Möhlmann“, der zur 2021 zur Erweiterung der Wiederaufnahmegründe Anlass gab; weiterführend dazu *Slogsnat*, *ZStW* 133 (2021), 741 ff.

<sup>761</sup> Vgl. *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (58 ff.); *Kudlich*, *Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot*, S. 226 f.; ähnlich *Gottwald*, in: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 1 Rn. 17.

<sup>762</sup> Allgemein auch *Greco*, *Strafprozessstheorie und materielle Rechtskraft*, S. 232 f.

<sup>763</sup> Siehe oben D.II.4.c)aa)(1), S. 255 ff.

<sup>764</sup> Dazu oben D.II.4.c)bb)(3), S. 267 ff.

etwa den Beschuldigten im Strafverfahren – eine kollektivistische Grundhaltung zum Ausdruck. Die Stellung des Beschuldigten hängt allein vom Befriedungsinteresse der Allgemeinheit ab, d. h. er wird im gesellschaftlichen Interesse instrumentalisiert.<sup>765</sup> Das ist ein bekanntes Motiv staatsverherrlichender Theorien.<sup>766</sup>

Außerdem verlieren das materielle Recht und das Prozessrecht an Bedeutung, wenn es allein oder primär auf den Rechtsfrieden ankommt. Wer einen konkreten Konflikt oder die ganze Gesellschaft befrieden will, benötigt hierfür keine Verfahrensregeln, sondern kann dies durch staatliche Unterdrückung viel effektiver erreichen.<sup>767</sup> Ein gesetzlich geregeltes gerichtliches Verfahren und dessen ordnungsgemäße Durchführung sind daher nicht Teil des Rechtsfriedenszwecks,<sup>768</sup> sondern sie stehen der effektiven Befriedung ebenso im Weg wie das Rechtsstaatsprinzip den Maßnahmen eines ursprünglich ungebundenen Staates. Nicht zufällig erwähnt *Schmidhäuser* im Zusammenhang mit seinen Überlegungen zum Rechtsfrieden außerdem das Opportunitätsprinzip.<sup>769</sup> Mit einem Verweis auf den Rechtsfrieden lässt sich ein weitgehendes Ermessen der Strafverfolgungsbehörden sowohl in die eine als auch in die andere Richtung begründen.<sup>770</sup> Man lässt Konflikte im Interesse des Rechtsfriedens entweder auf sich beruhen oder nimmt sie im Nachhinein wieder auf. Was dabei rechtlich gefordert (Legalitätsprinzip) oder verboten (Art. 103 Abs. 3 GG) ist, ist gleichgültig.<sup>771</sup> Auch das materielle Recht wird irrelevant. Materiell-rechtliche Fehlerurteile werden zum Prozesszweck und damit vom Problem- zum Normalfall.<sup>772</sup> Insgesamt legt die These vom Rechtsfrieden als Verfahrenszweck wie das staatliche Gewaltmonopol den Fokus auf die Exekutive und stellt den Staat über das Recht.<sup>773</sup>

Schließlich kehrt ein Einwand gegen die *faktische* Abwesenheit staatlicher Hilfe als Kriterium zur Abgrenzung zwischen Notstandsbefugnis und staatlichen Verfahren wieder.<sup>774</sup> Kehrseite des Verbots von Privatrache und Fehde könnte das gerichtliche Verfahren nur sein, wenn es wie die Selbsthilfe lediglich bereits feststehendes Recht durchsetzen würde.<sup>775</sup> Das geht aber davon aus, dass der Richter bloßer Subsumtionsautomat zur Auffindung einer im materiellen Recht bereits getroffenen einzig richtigen Entscheidung ist und er der rechtlichen Beurteilung zudem ein vollständiges und zweifellos wahres Bild von der Wirklichkeit zugrunde legen kann. Schreibt man dem gerichtlichen Verfahren stattdessen einen eigenständigen Beitrag im Pro-

<sup>765</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 195 ff. und 350.

<sup>766</sup> Siehe auch oben C.II.2.c)cc), S. 120 ff.

<sup>767</sup> *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (59); *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 189 („jetzt ist Ruhe!“); *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 138 und 162 f.; vgl. auch *R. Stürner*, FS Baumgärtel, S. 545 (546).

<sup>768</sup> So aber wohl *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (523).

<sup>769</sup> *Schmidhäuser*, FS Eb. Schmidt, S. 511 (524).

<sup>770</sup> Ähnliche Kritik aus Sicht des Zivilprozessrechts bei *R. Stürner*, FS Baumgärtel, S. 545 (550).

<sup>771</sup> Weitere Gedanken hierzu bei *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB, S. 18.

<sup>772</sup> Oben D. Fn. 761.

<sup>773</sup> Allgemein nochmals *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 136 ff.

<sup>774</sup> Dazu oben D.II.4.c)cc)(4)(c), S. 284 ff.

<sup>775</sup> *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 138.

zess der Rechtsverwirklichung und bei der Wahrheitsermittlung zu, kann es nicht als bloße Durchsetzung bereits feststehender Rechte und damit auch nicht als Substitut der Selbsthilfe angesehen werden.

Folglich ist die Herstellung von Rechtsfrieden kein Zweck des gerichtlichen Verfahrens.<sup>776</sup> Der Prozess wirkt allenfalls dadurch befriedend, dass das materielle Recht möglichst „richtig“ angewendet und der Sachverhalt möglichst „richtig“ ermittelt wird. Dann verweist der Rechtsfrieden aber allein auf die Rechtsverwirklichung und bleibt – ähnlich wie ein rechtstheoretisches Verständnis des staatlichen Gewaltmonopols<sup>777</sup> – in der Tat inhaltsleer.<sup>778</sup>

#### *dd) Zwischenergebnis zum gerichtlichen Verfahren*

Das gerichtliche Verfahren bezweckt die Verwirklichung des materiellen Rechts auf Grundlage eines der Wirklichkeit bestmöglich entsprechenden Sachverhalts. Beide Zwecke, Wahrheitsermittlung und Rechtsverwirklichung, beziehen sich unmittelbar auf die Richtigkeit des Verfahrensergebnisses, während hiervon unabhängige Verfahrenszwecke im normativen Sinne, insbesondere die Herstellung von Rechtsfrieden, abzulehnen sind.<sup>779</sup>

Wie wirkt sich das auf die vorliegende Untersuchung aus? Zwecke des gerichtlichen Verfahrens sind Rechtsverwirklichung und bestmögliche Wahrheitsermittlung. Jeweils ist das Verfahren mit von außen kommenden Umständen – Vorgaben des (materiellen) Rechts und Tatsachen in der Wirklichkeit – konfrontiert und verarbeitet diese zu einem Verfahrensergebnis. Dabei leistet das Verfahren in beiden Bereichen einen von Fall zu Fall unterschiedlich großen Beitrag zur Behebung von Unbestimmtheiten (des Rechts) oder Unklarheiten (des Sachverhalts). Der Richter trifft eine rechtliche Entscheidung, die ihm nicht vollständig vom materiellen Recht vorgegeben ist. Dennoch können die rechtlichen Vorgaben eine höhere oder eine geringere Bestimmtheit aufweisen.<sup>780</sup> Im Verfahren wird im Rahmen des Möglichen (und rechtlich Zulässigen) der Sachverhalt ermittelt, d. h. man geht davon aus, dass dieser nicht allen Verfahrensbeteiligten bereits von vornherein vollständig und unzweifelhaft bekannt ist. Dennoch sind komplexere Fälle mit schwierigen Ermittlungen ebenso vorstellbar wie vergleichsweise leicht feststellbare Sachverhalte.<sup>781</sup> Jeweils

<sup>776</sup> Ebenso die oben D. Fn. 752 Zitierten.

<sup>777</sup> Siehe oben D.II.4.c)bb)(2), S. 265 ff.

<sup>778</sup> Vgl. nochmals die oben D. Fn. 753 Genannten.

<sup>779</sup> Andere Zwecke, die in der Literatur erörtert werden (etwa bei *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 107 ff.), lassen sich meist einem der hier besprochenen Zwecksetzungen zuordnen oder unterfallen nicht dem oben definierten Zweckbegriff.

<sup>780</sup> Vgl. auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 60.

<sup>781</sup> *Greco* verwendet das Beispiel des „Dachauer Schützen“, der im Gerichtssaal vor den Augen der Beteiligten den Vertreter der Staatsanwaltschaft erschossen hat, und betont in dem Zusammenhang, dass die Bedeutung des Strafverfahrens von der Größe der Erkenntnisprobleme abhängt, siehe *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 186 f., 191 f., 207 f., 212 f., 242 f. und 255 f.; dazu noch unten E.III.3.d)cc), S. 422 ff.

scheint die Bedeutung des Verfahrens zu steigen, je unbestimmter oder unklarer die von außen kommenden rechtlichen oder tatsächlichen Umstände sind und je weniger das Verfahrensergebnis daher bereits vor Durchführung des Verfahrens feststeht.<sup>782</sup> Umgekehrt schwindet die Bedeutung des Verfahrens, je stärker das Ergebnis infolge einigermaßen bestimmter rechtlicher Vorgaben und vergleichsweise klarer Sachlage vorprogrammiert ist. Diese Vermutung wird sich bei einer Betrachtung der Zwecke des Verwaltungsverfahrens bestätigen. Daraus ergibt sich schließlich ein Maßstab zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren (siehe unten d)bb), S. 333 ff.).

## b) Zwecke des Verwaltungsverfahrens

### aa) Einleitung

Verwaltungsverfahren sind alle Verfahren, die in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung ablaufen und eine administrative Entscheidung herbeiführen.<sup>783</sup> Damit geht der Begriff des Verwaltungsverfahrens über die Legaldefinitionen in § 9 (L)VwVfG und § 8 SGB X hinaus<sup>784</sup> und erfasst z. B. auch Vorgänge der abstrakt-generellen Normsetzung und der privatrechtsförmigen Verwaltung. Dennoch liegt der Fokus im Folgenden auf der Herbeiführung einer hoheitlichen Einzelfallentscheidung.<sup>785</sup> Neben den Verfahrenszwecken (sogleich bb)) widmen sich die Überlegungen auch der Diskussion um die „dienende Funktion“ des Verwaltungsverfahrens (unten cc)).

### bb) Verfahrenszwecke

#### (1) Rechtsverwirklichung bei nachlassender Steuerungskraft des Gesetzes

Beim Verwaltungsverfahren kehren zwei aus dem gerichtlichen Verfahren bekannte Zwecke wieder: Rechtsverwirklichung und Sachverhaltsermittlung. Als „Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts“ (*Rainer Wahl*)<sup>786</sup> soll das Verwaltungsverfahren ebenso wie das gerichtliche Verfahren einen Beitrag zur Rechtsverwirklichung leisten.<sup>787</sup> Wenn *Wahl* das Verwaltungsverfahren dabei weiter als „konstitutive[n]

<sup>782</sup> Siehe etwa auch *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 139 f.; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 204 f. und 210 f.

<sup>783</sup> Nachweise oben D. Fn. 651.

<sup>784</sup> § 9 (L)VwVfG beansprucht als Begriffsbestimmung keine allgemeine Geltung, siehe *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 48.

<sup>785</sup> Zum Verfahrensgedanken im exekutiven Normsetzungsverfahren *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 1 (22 ff.).

<sup>786</sup> Grundlegend *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (153 ff.).

<sup>787</sup> Vgl. mit Unterschieden im Detail *Burgi*, DVBl 2011, 1317; *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (284 f.); *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (238); *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (317 ff.); *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 15; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (465 f.); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 13 Rn. 13; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 59 und 65;

Teil des Verwirklichungsprozesses im Verwaltungsrecht<sup>788</sup> bezeichnet, kommt hier bereits eine Absage an das oben erörterte Problem der „einzig richtigen Entscheidung“ zum Ausdruck (siehe oben aa). Auch im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren handelt es sich bei der Vorstellung von einem geschlossenen Entscheidungsprogramm und einer auf bloßen Vollzug einer bereits feststehenden gesetzlichen Entscheidung beschränkten Behörde um ein unzutreffendes Idealbild.<sup>789</sup> Auch die Behörde trifft bei der Rechtsverwirklichung eine eigene Entscheidung innerhalb des rechtlichen Rahmens.

Darüber hinaus nehmen jedoch insbesondere – aber nicht nur – die Anhänger der sogenannten „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“<sup>790</sup> eine in modernen Gesellschaften allgemein nachlassende Steuerungskraft des materiellen Rechts bzw. eine „Krise des regulativen Rechts“<sup>791</sup> an, die im Verwaltungsverfahren kompensiert werden müsse.<sup>792</sup> Das Parlamentsgesetz sei aufgrund der Ausdifferenzierung der Gesellschaft und der zunehmenden Komplexität der Wirklichkeit immer weniger in der Lage, „Recht und Gerechtigkeit abzubilden“.<sup>793</sup> Deshalb bezwecke das Verwaltungsverfahren, das Recht erst fallweise zu erzeugen,<sup>794</sup> materielle Rechtsbegriffe lösen

---

Schneider, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (23 ff.); Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (153 ff.).

<sup>788</sup> Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (155).

<sup>789</sup> Appel, VVDStRL 67 (2007), 226 (261); Eifert, VVDStRL 67 (2007), 286 (301); Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (239); Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (318 f.); Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit, S. 212 f.; Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 35–40; Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (466); Pöcker, Der Staat 41 (2002), 616 (619 ff.); Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 44 f.; Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (176); siehe auch Schmidt-Aßmann., in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 1 (16); Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (24 f. und 46 ff.); anders wohl Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 7 Rn. 29.

<sup>790</sup> Allgemein zur „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ Voßkuhle, in: GVwR I, § 1; dort Rn. 17 ff. zum steuerungstheoretischen Ansatz derselben; zur Einordnung auch die Beiträge von Appel und Eifert in VVDStRL 67 (2007), S. 226 ff. und 286 ff.

<sup>791</sup> Begriff bei Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 51 ff.

<sup>792</sup> Ausführlich Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 174 ff. und 231 ff.; siehe auch Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (21 ff.); ders., AöR 130 (2005), 5 (11 ff., 23 ff. und insbesondere 28 ff.); Ladeur, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 187 (199 ff. und 205 ff.); Schmidt-Aßmann, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 3 (7); Voßkuhle, in: GVwR I, § 1 Rn. 10 m. w. N. (und Rn. 11 zu den Folgerungen); B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 176 ff.; angelegt bereits bei Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (153 ff., 161); zur Steuerungsfunktion des Parlamentsgesetzes allgemein F. Reimer, in: GVwR I, § 11 Rn. 1 ff.; zur Diskussion um die sinkende Steuerungskraft ebd., Rn. 98 ff.; ausführlicher in der 1. Auflage, vgl. ders., in: GVwR I (1. Aufl.), § 9 Rn. 84 ff.; vgl. auch Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 51 (59 ff., 64); weitere Nachweise zum „klassischen“ steuerungsskeptischen Schrifttum im Verwaltungsrecht bei Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 1 ff.; zur Prozeduralisierung im Strafrecht Hassemer, FS Mahrenholz, S. 731 ff.; Stratenwerth, FS Hassemer, S. 639 ff.

<sup>793</sup> Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 176.

<sup>794</sup> Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (317–320).

sich in Prozeduralität auf, und das Verfahren trete an die Stelle der inhaltlich-deduktiven Methoden der Gesetzesanwendung.<sup>795</sup> Die Verwaltung stelle die inhaltlichen Maßstäbe ihres Handelns selbst her, Substanz und Verfahren gingen ununterscheidbar im selbstprogrammierenden Operieren der Verwaltung auf, und auch die Differenzierung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung werde hinfällig.<sup>796</sup>

Diese oft systemtheoretisch beeinflusste<sup>797</sup> Steuerungskepsis wird hier nicht geteilt.<sup>798</sup> Sie fußt auf Prämissen, die in dieser Untersuchung bereits an anderer Stelle verworfen wurden. Die Unfähigkeit des Rechts, das menschliche Zusammenleben in komplexen Gesellschaften umfassend und detailliert zu steuern, stellt nur dann ein „Defizit“ dar, wenn man voraussetzt, dass das Recht eine solche umfassende Steuerung leisten soll. Dies geht aber, weil es sich um *staatliches* Recht handelt, das das Leben steuern soll, von einem allzuständigen und übermächtigen Staat aus, wie er bereits aus der Auseinandersetzung mit dem staatlichen Gewaltmonopol vertraut ist.<sup>799</sup> Legt man stattdessen das hier vertretene Verständnis über die Beziehung zwischen Staat und Recht (und Individuum) zugrunde, ziehen insbesondere die Grundrechte einer umfassenden staatlichen Steuerung von vornherein Grenzen: Es ist gerade Zweck der Grundrechte, dass staatliche Steuerung „defizitär“ ist.<sup>800</sup> Auch die methodische Prämisse der Steuerungskepsis überzeugt nicht. Eine *nachlassende* Steuerungsfähigkeit infolge *zunehmender* Komplexität der Gesellschaft könnte dem Recht nur anhaften, wenn es in Zeiten weniger komplexer Gesellschaften zu einer Art physikalisch-kausalen Steuerung des Lebens fähig gewesen wäre.<sup>801</sup> Dass dies jedoch nicht zutrifft, ergab die Kritik der These von der einzig richtigen Entscheidung (oben a)aa)). Ob Normen jemals im Sinne einer deduktiven Tatbestands-Rechtsfolgensubsumtion angewandt werden konnten,<sup>802</sup> ist zweifelhaft. Folglich hat die Steue-

<sup>795</sup> Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 231.

<sup>796</sup> Vgl. Ladeur, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 187 (197 ff.); Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 51 (59 f.); Extremformen dargestellt bei Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 38 f. m. w. N.

<sup>797</sup> Zu den systemtheoretischen Hintergründen Voßkuhle, in: GVwR I, § 1 Rn. 19 m. w. N.; beachte auch Appel, VVDStRL 67 (2007), 226 (253 f. mit Fn. 94).

<sup>798</sup> Ausführliche und grundsätzliche Kritik bei Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999 (zu den systemtheoretischen Hintergründen insbesondere S. 35–40); S. Schönberger, JöR 65 (2017), 511 ff.; vgl. auch F. Reimer, in: GVwR I, § 11 Rn. 99; ders., in: GVwR I (1. Aufl.), § 9 Rn. 84 ff.; siehe weiterhin auch Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (329); Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 41.

<sup>799</sup> Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 17–20; a. A. Eifert, VVDStRL 67 (2007), 286 (314).

<sup>800</sup> Hufen, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungskraft des Rechts, S. 273 (275): Grundrechte als verfassungsrechtlich gewollte Steuerungsdefizite; vgl. auch ebd., S. 282: Grundrechte als gewollter „Sand im Getriebe“ überzogener Steuerung; ähnlich Hellgardt, JZ 2018, 901 (904) für das Privatrecht.

<sup>801</sup> Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 10–14; vgl. auch S. Schönberger, JöR 65 (2017), 511 (517 f.).

<sup>802</sup> So ein Ausgangspunkt der Steuerungskepsis bei Hoffmann-Riem, AöR 130 (2005), 5 (12).

rungsfähigkeit des Rechts aber auch nicht nachgelassen. Gleicht man eine scheinbar nachlassende Steuerungsfähigkeit des materiellen Rechts mit umfassender Prozeduralisierung aus, entstehen schließlich auch Demokratieprobleme.<sup>803</sup> Konsequenz zu Ende gedacht wäre das Parlamentsgesetz infolge der Prozeduralisierung nur noch „einer von mehreren Steuerungsfaktoren“,<sup>804</sup> für dessen repräsentativ-demokratischen Erlass immer weniger Bedarf bestünde.<sup>805</sup> Diese strukturelle Abwertung des materiellen Rechts zugunsten technokratisch anmutender Vorstellungen über das Wesen des Verwaltungsverfahrens ist abzulehnen.<sup>806</sup>

Stattdessen bleibt es auch im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren beim beschriebenen Rechtsverwirklichungsmodell (oben a)aa).<sup>807</sup> Auch hier geht die Rechtsanwendung mangels einzig richtiger Entscheidung immer mit Rechtserzeugung einher. Trotzdem ist aber zwischen demokratischer Rechtssetzung und exekutiver Rechtsanwendung zu trennen, anstatt beide Ebenen in einem prozeduralen Rechtsdenken aufzulösen.<sup>808</sup> Der methodisch unvermeidbaren eigenen Entscheidung der Verwaltung wird durch die Prozeduralisierung infolge der Steuerungskepsis zu viel Freiheit eingeräumt.<sup>809</sup> Die Verwaltung erbringt nicht durchgehend erhebliche „Eigenleistungen“, die lediglich „durch das Recht *beeinflusst* werden können“<sup>810</sup>, sondern sie ist an das Gesetz gebunden und wendet dieses an.<sup>811</sup>

Zu den methodisch unvermeidbaren Entscheidungen bei der Rechtsanwendung kommen *bewusst* gewährte Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungskompetenzen hinzu.<sup>812</sup> Ein Blick ins Gesetz zeigt die Bandbreite unterschiedlicher „Steuerungsdichte“ des materiellen Rechts. Neben konditional programmierten Normen und gebundenen Entscheidungen ist die Verwaltung mit Finalnormen, bei denen der

<sup>803</sup> Weiterführend zu Einwänden gegen die Übertragung systemtheoretischer Annahmen auf das Recht *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 52–62; zu Änderungen beim Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes infolge der Steuerungsdiskussion siehe *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5 (50 ff.).

<sup>804</sup> *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5 (30).

<sup>805</sup> *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 72.

<sup>806</sup> Vgl. auch *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (329); *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 41.

<sup>807</sup> Vgl. auch *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (256 f.) m. w. N.

<sup>808</sup> *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 14–17.

<sup>809</sup> Dass die Rechtserzeugung nicht frei von Bindungen ist, bestreiten freilich auch die Steuerungskeptiker nicht, siehe *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (336); *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5 (35 f.). Wer der Steuerungskraft des materiellen Rechts jedoch von vornherein skeptisch gegenüber steht, wird diese Bindungen weniger eng verstehen als nötig und möglich (wie etwa *Hilbert*, a. a. O., S. 348).

<sup>810</sup> *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313; Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>811</sup> Zum Zusammenhang zwischen Steuerungsdiskussion und Gesetzesbindung *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (260 ff.).

<sup>812</sup> Solche Spielräume existieren freilich auch im gerichtlichen Verfahren, man denke nur an die Strafzumessung (sofern man sich von der Vorstellung einer Punktstrafe verabschiedet, vgl. BGHSt 27, 3 ff.). Im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren sind die Spielräume jedoch besonders deutlich. Zur (schwierigen) Übertragbarkeit der Steuerungsdiskussion auf das gerichtliche Verfahren *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (258 f.).

Gesetzgeber lediglich die erwünschten Zustände und einige Abwägungsdirektiven vorgibt, mit Ermessensvorschriften, unbestimmten Rechtsbegriffen und Beurteilungsermächtigungen<sup>813</sup> konfrontiert, es müssen Prognosen angestellt und eigene Abwägungen vorgenommen werden usw. – die Gesetzesbindung wird explizit (und verfassungsrechtlich kontrollierbar) gelockert. Dass diese Spielräume sachgerecht ausgefüllt werden können, ermöglicht das Verfahren.<sup>814</sup> Abgängig von der Bestimmtheit der rechtlichen Vorgaben und den Gestaltungsaufgaben der Verwaltung wandelt sich das Verfahren also „vom strikt determinierten Rechtserkenntnisprozess zum ergebnisprägenden Medium der Rechtskonkretisierung“<sup>815</sup> Diesen Differenzierungen werden pauschale Krisenbeschreibungen wie die der nachlassenden Steuerungskraft des Gesetzes nicht gerecht.<sup>816</sup>

## (2) Sachverhaltsermittlung in einer komplexen Wirklichkeit

Voraussetzung der Rechtsverwirklichung ist auch im Verwaltungsverfahren die Ermittlung der hierfür relevanten Tatsachen.<sup>817</sup> Ein Verwaltungsverfahren kann dabei jedoch mit größeren Schwierigkeiten konfrontiert sein als ein gerichtliches Verfahren. Die Verwaltung handelt nicht selten innerhalb komplexer Zusammenhänge, beispielsweise wirtschaftlicher oder ökologischer Art, in denen sich die Auswirkungen einer Entscheidung oft ebenso schwer beurteilen lassen wie das Vorliegen ihrer (tatsächlichen) Voraussetzungen.<sup>818</sup> Die tatsächliche Situation ist häufig „in hohem Maße veränderungsanfällig und vorläufig, dynamisch und instabil“<sup>819</sup> und die Verwaltung mit hoher „Ungewissheit im Hinblick auf ihre eigenen kognitiven Hand-

<sup>813</sup> Näheres zum Zusammenhang zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum und zur Entstehung der Lehre von der Beurteilungsermächtigung bei *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 7 Rn. 31 ff.

<sup>814</sup> Vgl. auch *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (257 f. und 262 f.); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (284); *Grimm*, NVwZ 1985, 865 ff.; *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 9 und 35 ff.; *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 7 Rn. 6; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466); *F. Reimer*, in: GVwR I (1. Aufl.), § 9 Rn. 93; *Schmitt Glaeser*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 35 (39 f.); vgl. auch *Pöcker*, Der Staat 41 (2002), 616 (621 f.); nach Spielräumen differenzierend auch *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (21 ff.); gegen Differenzierungen *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (318).

<sup>815</sup> *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; im Ergebnis ähnlich *Pöcker*, Der Staat 41 (2002), 616 (621 ff.).

<sup>816</sup> Siehe auch *F. Reimer*, in: GVwR I (1. Aufl.), § 9 Rn. 84: „Eher als die Steuerungskraft „des Gesetzes“ lässt die Differenzierungsfähigkeit seiner Beobachter nach.“

<sup>817</sup> Vgl. mit Unterschieden im Detail *Burgi*, DVBl 2011, 1317; *Hartmann*, Die Verwaltung 55 (2022), 91 ff.; *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (320 ff.); *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 214; *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (23 ff.); *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 192 ff.; *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 15; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 59 und 61; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 4; *Stelkens*, DVBl 2010, 1078 (1079).

<sup>818</sup> *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, S. 192.

<sup>819</sup> *Röhl*, in: GVwR II, § 30 Rn. 2.

lungsgrundlagen und Handlungsmöglichkeiten konfrontiert.<sup>820</sup> Hier gewinnt die Informationsbeschaffung im Verwaltungsverfahren und die „Wissensgenerierung im Verfahren“ an Bedeutung.<sup>821</sup> Bei letzterem geht es nicht allein um die Ermittlung eines konkreten Sachverhalts (dazu § 24 (L)VwVfG), sondern auch um die Erzeugung eines Regel- oder Erfahrungswissens<sup>822</sup> als „Zwischenschicht zwischen dem Gesetz und der einzelfallbezogenen Anwendung“,<sup>823</sup> die die Subsumtion eines Einzelfalls unter eine Norm erst ermöglicht.<sup>824</sup> So stellt sich beispielsweise bei den Feldbefreier-Fällen<sup>825</sup> die Frage, ob infolge der Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen unvertretbar schädliche Einwirkungen auf die Umwelt zu erwarten sind (§ 16 Abs. 1 GenTG). Um zu beurteilen, wie komplexe Ökosysteme auf die Freisetzung gentechnisch veränderter Pflanzen reagieren, benötigt die Verwaltung nun nicht nur Informationen über den konkreten Sachverhalt, sondern auch Kenntnisse und Erfahrungen über die allgemeinen Wirkungszusammenhänge im ökologischen Gefüge und die Eigenschaften der freigesetzten Pflanzen. Diese Informationen müssen aber (im Zusammenspiel zwischen Behörde, Antragsteller und Sachverständigen<sup>826</sup>) ebenfalls erst beschafft werden.<sup>827</sup>

Aus alledem folgt zunächst, dass auch aus Gründen der Tatsachenermittlung nicht von einer einzig richtigen Entscheidung ausgegangen werden kann.<sup>828</sup> Darüber hinaus nehmen aber manche in Anlehnung an *Kelsen* (oben a)bb)) oder einen systemtheoretischen Konstruktivismus abermals eine eigene Erzeugungsleistung der Ver-

<sup>820</sup> *Vesting*, in: GVwR I, § 20 Rn. 50.

<sup>821</sup> Zur Wissensgenerierung im Verwaltungsverfahren *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009; siehe auch die Beiträge in *Röhl* (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, 2010; ausführlich auch *ders.*, in: GVwR II, § 30; vgl. auch *Ladeur*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 187 (203 ff. und 205 ff.); *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, S. 192 ff.; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 175 ff.; all dem folgend *Burgi*, DVBl 2011, 1317; *Eifert*, VVDStRL 67 (2007), 286 (325 ff.); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (285); *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (250 ff.).

<sup>822</sup> Allgemein zum Wissensbegriff und verschiedenen Wissensformen *Röhl*, in: GVwR II, § 30 Rn. 5; *Trute*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 11 (13 ff. und 16 ff.); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 30.

<sup>823</sup> *Trute*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 11 (30).

<sup>824</sup> *Röhl*, in: GVwR II, § 30 Rn. 15 und 29; *Trute*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 11 (30 f.); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung durch Verfahren, S. 17 ff.; vgl. auch *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, S. 194 f.

<sup>825</sup> Siehe oben B.II.3.b), S. 30 ff.

<sup>826</sup> Zur kooperativen Ermittlung der relevanten Fakten im Verwaltungsverfahren *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (41 ff.).

<sup>827</sup> Zur Wissensgenerierung im GenTG *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 79–115; siehe auch *Röhl*, in: *ders.* (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 65 (82 ff.); *ders.*, in: GVwR II, § 30 Rn. 21b und 32 ff.; *Trute*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 11 (25 f.); vgl. auch *Ladeur*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 187 (209 f.).

<sup>828</sup> *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, S. 193; vgl. auch *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 192.

waltung mit Blick auf den relevanten Sachverhalt an.<sup>829</sup> Diese Erzeugungsleistung werde im Rahmen gerichtlicher Kontrolle nicht auf ihre Übereinstimmung mit einer außerprozessualen Wirklichkeit überprüft, sondern durch eine eigene Sachverhaltskonstruktion des Gerichts ersetzt. Bei verfahrensordnungsgemäßigem Vorgehen sei die Sachverhaltserzeugung immer rechtlich fehlerfrei. Beim Verwaltungsverfahren handle es sich also um einen „Prozess der Wirklichkeitskonstruktion“<sup>830</sup>.

Auch hier ist eine differenzierende Betrachtung vorzuziehen.<sup>831</sup> Zweck des Verwaltungsverfahrens ist nach hier vertretener Ansicht nicht die „Konstruktion „möglicher Welten“ (statt der Erkenntnis der einen wirklichen Welt [...])“,<sup>832</sup> sondern die Ermittlung eines mit der verfahrensexternen Wirklichkeit bestmöglich übereinstimmenden Sachverhalts. Eine Verwaltung, die Probleme in der Wirklichkeit lösen will, muss sich auch an der Wirklichkeit und nicht an einer prozeduralen Wirklichkeitskonstruktion ausrichten. Zwar kommt der Tatsachenermittlung im Verfahren bei schwer überschaubaren oder unter mehreren Beteiligten streitigen Verhältnissen eine vergleichsweise große Bedeutung zu. Hier ist auch die gerichtliche Kontrolldichte herabgesetzt, denn „dem Gericht ist durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht auferlegt, das außerrechtliche tatsächliche Erkenntnisdefizit aufzulösen“ oder „fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbstständig zu schließen“.<sup>833</sup> Trotzdem wird dabei nichts neu konstruiert, sondern im Gegenteil oft großer Aufwand betrieben, um die „wirklichen“ Tatsachen zu ermitteln.<sup>834</sup> Außerdem existieren im Bereich des Verwaltungsverfahrens auch einfach gelagerte Fälle, die sich schnell aufklären und mit allgemein geteiltem Erfahrungswissen beurteilen lassen. Aus den auch hier nicht gelegneten Informations- und Wissensproblemen in komplexen Fällen auf einen allgemeinen produktiven, den Sachverhalt erst konstruierenden Beitrag des Verwaltungsverfahrens zu schließen, erscheint erneut als Übersprungsreaktion auf unzutreffende Krisenbeschreibungen. Zweck des Verwaltungsverfahrens ist stattdessen eine mit der Wirklichkeit bestmöglich übereinstimmende Ermittlung der für die Rechtsverwirklichung relevanten Tatsachen.

<sup>829</sup> Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (317 f., 320 ff., 337 ff. und 341 f.); Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (23 ff.); differenzierend Hartmann, Die Verwaltung 55 (2022), 91 (113 ff. und 118 f.); siehe auch schon Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (161).

<sup>830</sup> Begriff bei Hoffmann-Riem, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (23 und passim).

<sup>831</sup> Ebenso Appel, VVDStRL 67 (2007), 226 (263). Die Kritik gleicht der an der Steuerungskepsis; für Nachweise vgl. oben D. Fn. 798; nachdenklich auch Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (251 f.); zu den erkenntnistheoretischen Prämissen Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 63–70.

<sup>832</sup> Ladeur, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 187 (212).

<sup>833</sup> Beide Zitate bei BVerfGE 149, 407 (414); vgl. auch BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12 –, juris Rn. 14 ff.; Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 7 Rn. 47.

<sup>834</sup> Das BVerfG legt Wert darauf, dass es sich nicht um eine Einschätzungsprärogative der Behörde handelt, die wiederum einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfte, sondern schlicht um die tatsächlichen Grenzen gerichtlicher (und behördlicher) Erkenntnis, vgl. BVerfGE 149, 407 (415 f.).

## (3) Weitere Zwecke

Zu Rechtsverwirklichung und Sachverhaltsermittlung treten im Verwaltungsverfahren kompensatorische Zwecke, was demokratische Legitimation und Rechtsschutz angeht.<sup>835</sup> V. a. bei bewusst herabgesetzter gesetzlicher Steuerungsdichte und eigenen Gestaltungsspielräumen der Verwaltung gleicht das Verfahren Defizite mit Blick auf die demokratische Legitimation staatlichen Handelns und den gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen aus. Stehen der Verwaltung eigene Gestaltungsspielräume zu, ist erstens die durch das Parlamentsgesetz vermittelte sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation des konkreten Verwaltungshandelns<sup>836</sup> herabgesetzt. Innerhalb gewisser Grenzen lässt sich dies durch eine Aufwertung des Verfahrens kompensieren (Mitwirkungsrechte der Betroffenen, Informationsrechte der Öffentlichkeit usw.).<sup>837</sup> Zweitens entzieht sich Verwaltungshandeln, das eigene Gestaltungsaufgaben wahrnimmt, teilweise der auf die Überprüfung der Einhaltung präziser gesetzlicher Vorgaben ausgerichteten gerichtlichen Kontrolle.<sup>838</sup> Dann stellt das Verwaltungshandeln den Betroffenen aber vor vollendete Tatsachen, weshalb schon im Verwaltungsverfahren ein gewisses Maß an Rechtsschutz gewährt werden muss.<sup>839</sup> Jeweils gleicht also das Verfahren die Folgen einer bewusst gelockerten Gesetzesbindung aus.

Als nicht unmittelbar auf das Verfahrensergebnis bezogene Zwecke des Verwaltungsverfahrens<sup>840</sup> führen viele dessen allgemeine Bedeutung für die Menschenwürde und die Demokratie an. Das auf Beteiligung des Betroffenen ausgerichtete

<sup>835</sup> *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1319); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (284); *Grimm*, NVwZ 1985, 865 (867); *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 15; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 45; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (158 ff.); angedeutet bei *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (127 f.); differenzierend *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (28 f.).

<sup>836</sup> Allgemein dazu oben D.II.3.c)dd)(2), S. 241.

<sup>837</sup> *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1319); *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (242 ff.); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 13 Rn. 17 f.; *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 185 ff.; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (158); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 185; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 9 (47 f.); *ders.*, AöR 130 (2005), 5 (66 ff.); *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (28); *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (89); bzgl. der Kompensation demokratischer Legitimation durch Partizipation kritisch *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466); *Schmitt Glaeser*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 35 (49); Grundsatzkritik bei *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 21–29.

<sup>838</sup> Siehe nochmals *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 7 Rn. 6.

<sup>839</sup> *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (284); *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 215; *Hufen*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungskraft des Rechts, S. 273 (286 f.); *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (121 ff.); *Michael*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 27; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 13 Rn. 15; *Schmitt Glaeser*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 35 (40 f. und 48 ff.); *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (158 ff.); vgl. auch *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466 und 472); *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (25 ff.).

<sup>840</sup> Dazu *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1318 ff.); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (282 ff.).

Verfahren diene der Anerkennung der Subjektstellung des Einzelnen<sup>841</sup> und vermeide, dass dieser als bloßes Objekt staatlicher Verwaltung behandelt werde. Dies stärke zugleich den demokratischen Rechtsstaat und sichere die Akzeptanz des Verwaltungshandelns.<sup>842</sup> Außerdem wird ein ökonomischer Zweck genannt: Das Verfahren Sorge dafür, dass der wirtschaftliche Aufwand zur Herbeiführung einer Entscheidung so gering wie möglich ist,<sup>843</sup> und diene damit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (z. B. § 7 Abs. 1 BHO).

### cc) Dienende Funktion oder Eigenwert?

Mit der Diskussion um die Verfahrenszwecke hängt die Frage nach dem Verhältnis zwischen Verfahren und materiellem Recht und der Bedeutung des Verfahrensaspekts zusammen.<sup>844</sup> Diese Frage betrifft zwar auch das gerichtliche Verfahren, wird aber beim Verwaltungsverfahren aktuell häufiger diskutiert.<sup>845</sup> Der Verwaltungsrechtswissenschaft ist ein wechselvolles Verhältnis zum Verfahren zu attestieren.<sup>846</sup> Lange Zeit ging man mit Verweis auf dessen *dienende Funktion* von einer „unbedingte[n] Unterordnung des Verfahrens unter das materielle Recht“<sup>847</sup> aus.<sup>848</sup> Insbesondere

<sup>841</sup> *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (282); ähnlich *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 16; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466); vgl. auch *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 219.

<sup>842</sup> *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1319); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (283); *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (244 ff.); *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313; vgl. auch *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 15; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 13 Rn. 17; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 60; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 6; *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (29 ff.); allgemein auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 65 I. Ob es sich hier um einen „Zweck“ im normativen Sinne oder um eine „Funktion“ im tatsächlichen Sinne handelt, ist zweifelhaft. In letzterem Sinne würde sich diese Aussage mit *Luhmanns* Untersuchung zur Legitimation durch Verfahren überschneiden (vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 27 ff.).

<sup>843</sup> *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466 f.); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 13 Rn. 19; *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (163); besonders zum Ressourcenschutz im Haushaltsverfahren auch *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 249 ff.

<sup>844</sup> Zur Diskussion um die dienende Funktion und den Eigenwert ausführlich *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, 2010; siehe auch die Berichte von *Gurlit* und *Fehling* in VVDStRL 70 (2011), S. 229 ff. und 278 ff.; zum Thema weiterhin *Burgi*, DVBl 2011, 1317 ff.; *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, GVwR II, § 27 Rn. 64; *Stelkens*, DVBl 2010, 1078 ff.; *Wolff*, FS Scholz, S. 977 ff.

<sup>845</sup> Übergreifende Erörterung bei *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 186 ff.; siehe auch dort S. 187 den Hinweis, dass die Diskussion heute v. a. das Verwaltungsverfahren betrifft.

<sup>846</sup> Überblick zur Entwicklung des verfahrensrechtlichen Denkens bei *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 ff.; kürzer *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 15; vgl. auch *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 8 ff.; *Michael*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 28; historisch weiter zurück geht die Darstellung von *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 4 ff. und 45 f.; daran anknüpfend *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 18 ff.

<sup>847</sup> *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 64 V.

<sup>848</sup> Begriff der dienenden Funktion geprägt von *Groschupf*, DVBl 1962, 627 (630); vgl. auch *Bettermann*, DVBl 1963, 826 (827); siehe auch (mit nicht immer einheitlicher Begriffsverwendung) *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 15; *Michael*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 16; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (465 f.); *ders.*, FS Eichenberger, S. 183 (193); *Stelkens/Bonk/*

re infolge des Mühlheim-Kärlich-Beschlusses des BVerfG aus dem Jahr 1979<sup>849</sup> kam es jedoch zu einer Art Verfahrenseuphorie in der Wissenschaft.<sup>850</sup> Diese flaute durch die Beschleunigungsgesetzgebung der 1990er Jahre<sup>851</sup> und eine Herabsetzung der Bedeutung des Verfahrensaspekts durch gesetzliche Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften wieder ab, erlebte aber in den letzten Jahren aufgrund des europäischen Unionsrechts und im Zuge der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, wieder einen Aufschwung.<sup>852</sup> Anstelle einer dienenden Funktion votieren daher viele für einen *Eigenwert* des Verfahrens.<sup>853</sup>

Eine Auseinandersetzung mit der Diskussion um die dienende Funktion oder den Eigenwert des Verfahrens wird dadurch erschwert, dass die Begriffe in der Literatur unterschiedlich verwendet werden<sup>854</sup> und Unklarheiten über das Subjekt und Objekt der dienenden Funktion bestehen:<sup>855</sup> *Was* dient (das Verfahren oder das Verfahrensrecht), und *wem* wird gedient (der Herstellung einer sachrichtigen Entscheidung, dem materiellen Recht, den Verfahrenszwecken oder einem anschließenden Gerichtsprozess)?<sup>856</sup> Im Folgenden wird danach gefragt, ob *das Verfahren* nur eine *dem*

---

Sachs/Schmitz, § 1 Rn. 4; Wolff, FS Scholz, S. 977 ff.; aus der Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 29.04.1993 – 7 A 2/92 –, juris Rn. 22; Urt. v. 21.05.1997 – 11 C 1/97 –, juris Rn. 28; Beschl. v. 25.03.2011 – 7 B 86/10 –, juris Rn. 9; VGH Mannheim, Urt. v. 11.04.2014 – 5 S 534/13 –, juris Rn. 39; allgemein auch Röhl/Röhl, allgemeine Rechtslehre, § 64 V.

<sup>849</sup> BVerfGE 53, 30 ff.

<sup>850</sup> So Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (231); Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 24.

<sup>851</sup> Dazu Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 8 ff.; Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 86 ff., jeweils m. w. N.

<sup>852</sup> Zu den Antriebskräften der Prozeduralisierung siehe Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 102 ff.; vgl. auch Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (317).

<sup>853</sup> In diese Richtung Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (325); Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (272); Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 31; Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 283 ff.; Stelkens, DVBl 2010, 1078 (1086); wenn auch jeweils mit differenzierendem Ansatz.

<sup>854</sup> Schmidt-Aßmann, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 3 (33); ders./Kaufhold, in: GVwR II, § 27 Rn. 64; Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (24 mit Fn. 18); siehe auch Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 120; Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 15 ff. und 284 f. Arbeiten, die um begriffliche Genauigkeit bemüht sind, unterscheiden oft zwischen rein dienender und erweiterter dienender Funktion (Quabeck, a. a. O., S. 8 ff.; vgl. auch Burgi, DVBl 2011, 1317; Hartmann, Die Verwaltung 55 (2022), 91 (101); Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (332 ff.)), wobei nur bei einer rein dienenden Funktion ein Gegensatz zu einem Eigenwert des Verfahrens bestehen soll. Nicht alle, die für eine dienende Funktion eintreten, verbinden damit also die Absage an einen Eigenwert des Verfahrens (siehe auch Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (286 f.)). Auf eine erweiterte dienende Funktion beziehen sich die Ausführungen bei Burgi, a. a. O., S. 1317 ff.; Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 924; Fehling, a. a. O., S. 286 f. und 325; Schneider, in: GVwR II, § 28 Rn. 1.

<sup>855</sup> Vgl. auch Appel, VVDStRL 67 (2007), 226 (272 mit Fn. 165); Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 14 ff.

<sup>856</sup> Einigkeit besteht darüber, dass es sich um verfahrensexterne Gegebenheiten handeln muss, weil das Verfahren kein Selbstzweck ist, siehe Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (234); Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (281); Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 16; Quabeck,

*materiellen Recht* dienende Funktion erfüllt oder aber *im Verhältnis zum materiellen Recht* einen Eigenwert besitzt.<sup>857</sup>

Antworten auf die Frage nach der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens sucht man meist in der rechtlichen Behandlung von Verfahrensfehlern.<sup>858</sup> Insbesondere die Regeln zur Heilung oder Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern und deren gerichtliche Geltendmachung wie beispielsweise §§ 45, 46 (L)VwVfG und § 44a VwGO sprechen vielen zufolge gegen einen Eigenwert des Verfahrens.<sup>859</sup> Jedenfalls bei den hiervon betroffenen Verfahrensarten<sup>860</sup> sei die materielle Rechtmäßigkeit des Verfahrensergebnisses wichtiger als deren verfahrensordnungsgemäßes Zustandekommen.<sup>861</sup> Verfahrensgarantien, die absolut und unabhängig von der Sachentscheidung gelten, seien selten.<sup>862</sup> Demgegenüber führen viele die beschriebenen nicht-ergebnisbezogenen Zwecke des Verwaltungsverfahrens (Menschenwürde, Demokratie, Effizienz) für einen über die bloße Herstellung der rechtmäßigen Sachentscheidung hinausgehenden Eigenwert des Verfahrens an.<sup>863</sup> V. a. spreche für einen solchen Eigenwert aber, dass das materielle Recht nicht zur Beurteilung jedes Einzelfalls eine einzige richtige Entscheidung beinhalte<sup>864</sup> und das zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderliche Wissen durch die Verwaltung oft erst generiert werden müsse.<sup>865</sup>

Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 8; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; vgl. auch *Bettermann*, DVBl 1963, 826 (827).

<sup>857</sup> Beiträge, die sich mit dem Verhältnis zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht auseinandersetzen (etwa *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 31 (siehe aber auch Rn. 923); *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 64; *Stelkens*, DVBl 2010, 1078 ff.; *Wolff*, FS Scholz, S. 977 ff.), lassen sich trotzdem fruchtbar machen, weil diesen nicht immer dieselben Unterscheidungen wie hier zugrunde liegen.

<sup>858</sup> Siehe bereits *Bettermann*, DVBl 1963, 826 (827); *Groschupf*, DVBl 1962, 627 ff.; vgl. auch *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1322 f.); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (289 ff.); *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (259 ff.); *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 29; *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 52–74; *Wolff*, FS Scholz, S. 977 (979 ff.); differenzierend *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 3 (33); *ders.*, in: HGR II, § 45 Rn. 64; *ders./Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 107. Bedenke auch § 4 UmwRG.

<sup>859</sup> *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1318 und 1320); *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (471); *Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, § 45 Rn. 66; *ders./Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 65; *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (36 und 45); *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (176); *Wolff*, FS Scholz, S. 977 (979 ff.); differenzierend *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (292 ff.); dargestellt bei *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (230); *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 67 ff.; *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, § 45 Rn. 10.

<sup>860</sup> Kritisch zur undifferenzierten Verwendung des § 46 VwVfG als Argument für die „dienende Funktion“ des Verfahrens *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (269 f.); *Stelkens*, DVBl 2010, 1078 (1082); siehe auch *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 286 f.

<sup>861</sup> Vgl. zu § 44a VwGO z. B. *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 993.

<sup>862</sup> *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 46; vgl. auch *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (267); siehe aber auch *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1321 f.); *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, § 45 Rn. 119 ff.

<sup>863</sup> Aedeutungsweise *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466); Rechtswert an sich; allgemein *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 188.

<sup>864</sup> *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (332 f.); *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 44 f.; vgl. auch *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (238 f.).

<sup>865</sup> *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, S. 190;

Die bisherigen Überlegungen geben zu einer differenzierenden Haltung Anlass. Im Vergleich zu den nicht-ergebnisbezogenen Verfahrenszwecken kommt denjenigen Zwecken, die einen unmittelbaren Bezug auf die Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachentscheidung haben, ein größeres Gewicht zu. Für den Betroffenen ist primär die Sachentscheidung wichtig.<sup>866</sup> Die Anerkennung als ein mit Menschenwürde ausgestattetes Subjekt steht für ihn im Vergleich zum konkreten Ergebnis nicht an erster Stelle.<sup>867</sup> Hinzu kommt, dass die Verbindlichkeit einer Maßnahme nicht von der Akzeptanz des Betroffenen abhängt.<sup>868</sup> Und rein ökonomische Überlegungen zur Verfahrenseffizienz dürfen nicht dazu führen, dass ergebnisbezogene Zwecke unterlaufen werden.<sup>869</sup> All das spricht für eine relativ geringe Bedeutung der nicht-ergebnisbezogenen Zwecke und gegen übertriebene Verfahrenseuphorie.<sup>870</sup>

Alles Weitere ergibt sich aus dem bereits Gesagten in Verbindung mit der Betrachtung der Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften. Auf der einen Seite sind Verfahrensfehler nach § 46 (L)VwVfG unbeachtlich, wenn offensichtlich ist, dass sie die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst haben. Nach h. M. ist dies bei gebundenen Entscheidungen der Verwaltung der Fall, während Verfahrensfehler bei Entscheidungen mit administrativen Gestaltungsspielräumen beachtlich sind.<sup>871</sup> Auf der anderen Seite existiert zwar auch bei gebundenen Entscheidungen nicht nur eine einzige richtige Entscheidung,<sup>872</sup> doch leistet das Verfahren v. a. dann einen wichtigen eigenen Beitrag zur Herstellung einer das Recht verwirklichenden und auf zutreffenden tatsächlichen Annahmen beruhenden Entscheidung, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen unbestimmt bzw. unklar sind. Legt man beides übereinander, hängt die Bedeutung des Verfahrensaspekts davon ab, wie groß etwaige Spielräume auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite sind und wie komplex der maßgebliche Sachverhalt ist. Bei vergleichsweise präziser Programmierung des Verfahrensergebnisses durch das materielle Recht und klarer Tatsachengrundlage sind

---

Röhl, in: GVwR II, § 30 Rn. 36 f.; B. Wollenschläger, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 22; vgl. auch Hartmann, Die Verwaltung 55 (2022), 91 (101 f.).

<sup>866</sup> Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (283 f.); vgl. auch Burgi, DVBl 2011, 1317 (1318).

<sup>867</sup> Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 19 Rn. 16; a. A. aus soziologischer Sicht K. F. Röhl, ZfRSoz 14 (1993), 1 (17 f.); vgl. aber auch Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 211 ff.

<sup>868</sup> Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (31 f.).

<sup>869</sup> Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 43.

<sup>870</sup> Ähnlich Fehling, VVDStRL 70 (2011), 278 (283 f. und 325); Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (467); Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, § 45 Rn. 11; Schmidt-Aßmann, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 1 (14); ders., in: HGR, § 45 Rn. 35.

<sup>871</sup> Dies gilt auch noch in der seit 1996 gültigen neuen Fassung, vgl. nur Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 10 Rn. 69 f.; Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), AllgVwR, § 14 Rn. 88; siehe auch Burgi, DVBl 2011, 1317 (1320); ausführlich Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 983 ff.; Quabeck, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 67 ff.; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, § 46 Rn. 51–85; zur alten Fassung Grimm, NVwZ 1985, 865 (871); Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (471); Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (46 f.); Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (177); siehe auch Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (270).

<sup>872</sup> Hilbert, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (314); Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 38 ff.; Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (176).

Verfahrensfehler unbeachtlich, und das Verfahren ist von nur geringer Bedeutung. Ihm kommt allein eine dienende Funktion zu. Mit größer werdenden Gestaltungsspielräumen hat das Verfahren einen proportional ansteigenden Eigenwert.<sup>873</sup> Bei unbestimmten Rechtsbegriffen, Beurteilungs-, Abwägungs- oder Ermessensspielräumen und bei schwer aufklärbaren Sachverhalten mit u. U. generell unzureichenden Erkenntnismöglichkeiten leistet das Verfahren einen gegenüber dem materiellen Recht eigenständigen Beitrag. Zusammenfassend spricht *Ivo Appel* von *Rechtserzeugungsräumen*, um verschiedene Quellen nicht vollständig gebundener Verwaltungsentscheidungen abzudecken.<sup>874</sup> Vorliegend wird von durch rechtliche Unbestimmtheit oder tatsächliche Unklarheit bedingten Spielräumen die Rede sein, wobei sich Unbestimmtheit einer Norm und Unklarheit eines Sachverhalts nicht immer scharf trennen lassen.<sup>875</sup> Diese wachsende Bedeutung des Verfahrens bei größer werdenden Spielräumen belegen auch die erwähnten kompensatorischen Zwecke, die v. a. in den Bereichen relevant sind, in denen der Verwaltung eine Letztentscheidungskompetenz zukommt.<sup>876</sup> D. h. „je weniger die Ergebnisse gesetzlich vorformuliert sind, je gegensätzlicher die betroffenen Interessen und Belange, desto mehr kommt es auf die legitimierende und rationalisierende Wirkung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens an.“<sup>877</sup> Je größer der Spielraum, desto wichtiger das Verfahren.<sup>878</sup>

Die Frage, ob das Verfahren eine nur dienende Funktion oder einen Eigenwert hat, lässt sich demnach ebenso wenig allgemein und für alle Verfahren gültig beantworten wie nicht jedes Verfahren einen *wesentlichen* Beitrag zum Ausgleich von gesetzlichen Steuerungsdefiziten oder zur Wissensgenerierung leistet. Es kann weder von einer ausschließlich dienenden Funktion noch allgemein von einem Eigenwert des Verfahrens die Rede sein.<sup>879</sup> Vielmehr gilt eine „Strategie der abgestuften Verfahrensgewichtung“.<sup>880</sup>

<sup>873</sup> Vgl. auch *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (238 f.).

<sup>874</sup> *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (262 f.).

<sup>875</sup> Vgl. *Pöcker*, Der Staat 41 (2002), 616 (623). Freilich handelt es sich bei Unklarheiten in tatsächlicher Hinsicht nicht um echte Entscheidungsspielräume der Behörde, siehe oben D. Fn. 834.

<sup>876</sup> *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1319); *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (158 f.).

<sup>877</sup> *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 40.

<sup>878</sup> In diese Richtung auch die h. M., vgl. *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (271 ff.); *Burgi*, DVBl 2011, 1317 (1319); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (289 und 320 f.); *Grimm*, NVwZ 1985, 865 (866); *Groschupf*, DVBl 1962, 627 (629 und 632); *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), 229 (238 f.); *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 31 ff., 35 ff., 40 und 924; *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 465 (466); *Quabeck*, Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, S. 283 ff.; *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (28); *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (159); ähnlich *Hartmann*, Die Verwaltung 55 (2022), 91 (106 f.); *Mauren/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 16; *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 3 (33); *ders./Kaufhold*, in: GVwR II, § 27 Rn. 65; *Schneider*, in: GVwR II, § 28 Rn. 1; kritisch aus der Handlungsperspektive der Behörde *Stelkens*, DVBl 2010, 1078 (1079) (siehe aber aus der Kontrollperspektive des Gerichts ebd., S. 1084); ablehnend *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (348).

<sup>879</sup> Siehe auch *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (273); *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), 278 (280); *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 44 f.; *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (173 f.); ebenso *Heidebach*, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 120 f.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 64 V.

<sup>880</sup> *Appel*, VVDStRL 67 (2007), 226 (273).

*dd) Zwischenergebnis zum Verwaltungsverfahren*

Zwecke des Verwaltungsverfahrens sind Rechtsverwirklichung durch rechtserzeugende Rechtsanwendung und Ermittlung des hierfür relevanten und mit der Wirklichkeit bestmöglich übereinstimmenden Sachverhalts.<sup>881</sup> Andere Zwecke haben demgegenüber eine nur untergeordnete Bedeutung. Im Verhältnis zum materiellen Recht kommt dem Verwaltungsverfahren dabei eine wachsende Bedeutung zu, je unbestimmter oder offener die rechtlichen Vorgaben und je unklarer die tatsächlichen Grundlagen des Verfahrens bzw. der Entscheidung sind. Bei nur geringen, meist methodisch bedingten Spielräumen hat das Verwaltungsverfahren eine rein dienende Funktion und setzt eine *im Wesentlichen* bereits feststehende materiell-rechtliche Entscheidung durch. Öffnet sich hingegen der Bereich materiell-rechtlicher Vorgaben, kommt dem Verwaltungsverfahren im Verhältnis zum materiellen Recht ein Eigenwert zu. Diese auch in der Verwaltungsrechtswissenschaft teils sogenannte „Je-desto-Formel“<sup>882</sup> ist für die vorliegende Arbeit zentral. Hier verfestigen sich die Annahmen zur Bedeutung des Verfahrensaspekts beim gerichtlichen Verfahren (oben a)dd)). Es scheint sich um eine für alle Verfahrensarten gültige Erkenntnis zu handeln.<sup>883</sup>

Damit ist auch ein Weg aufgezeigt, um eine abgeschwächte und um ihre systemtheoretischen Implikationen und eine übertriebene Steuerungskategorie bereinigte Version der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft mit der traditionellen und verfassungsrechtlich abgesicherten Verwaltungsrechtsdogmatik in Einklang zu bringen.<sup>884</sup> Innerhalb besagter Spielräume lassen sich Überlegungen zur Prozeduralisierung anstellen, und außerhalb der Spielräume bleibt es bei der herkömmlichen Gesetzesbindung. Prozeduralisierungsstrategien sind mit anderen Worten beschränkt auf den rechterzeugenden Teil der Rechtsanwendung.<sup>885</sup>

*c) Zwecke des demokratischen Verfahrens*

Unter demokratischem Verfahren versteht diese Arbeit die Zusammenfassung der Verfahren zur Besetzung von Organen der Legislative, insbesondere des deutschen Bundestags (Wahl nach Art. 38 GG), zur Herbeiführung einer Entscheidung *innerhalb* dieser Organe und zum Zusammenspiel der an der Gesetzgebung beteiligten

---

<sup>881</sup> Weitere in der Literatur vertretene Verfahrenszwecke (z.B. bei *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 9 (28 f.); *Schoch*, *Die Verwaltung* 25 (1992), 21 (25); *Schneider*, in: *GVwR* II, § 28 Rn. 1 ff.; *Wahl*, *VVDStRL* 41 (1983), 151 (157); zusammenfassend *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, in: *GVwR* II, § 27 Rn. 56; vgl. auch *Rengier*, *ZStW* 101 (1989), 874 (875 ff.)) lassen sich meist einem der genannten Aspekte zuordnen oder stellen keine Zwecke im normativen Sinn dar.

<sup>882</sup> *Wahl*, *VVDStRL* 41 (1983), 151 (159); daran anknüpfend *Burgi*, *DVBl* 2011, 1317 (1319).

<sup>883</sup> Vgl. etwa *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, S. 139 f.

<sup>884</sup> *Appel*, *VVDStRL* 67 (2007), 226 (255 ff.).

<sup>885</sup> *Appel*, *VVDStRL* 67 (2007), 226 (264 f.).

Organe (Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident). Kurz: Das demokratische Verfahren umfasst die politische Wahl und Gesetzgebung.<sup>886</sup>

Was die Zwecke des demokratischen Verfahrens angeht, kann auf die bereits angestellten Überlegungen zum Demokratieprinzip verwiesen werden (oben II.3.c), S. 229 ff.).<sup>887</sup> Aus der Verbindung zwischen Werterelativismus und Demokratieprinzip und dem nicht-instrumentellen Verständnis der Demokratie folgt ein vergleichsweise großes Gewicht der nicht-ergebnisbezogenen Zwecke des demokratischen Verfahrens: Es dient der bestmöglichen Verwirklichung von Freiheit und Gleichheit der Menschen. Darin liegt ein intrinsischer Wert des demokratischen Verfahrens.<sup>888</sup>

Bzgl. der „ergebnisbezogenen“ Zwecke sind die Besonderheiten des demokratischen Verfahrens im Vergleich zum gerichtlichen und behördlichen Verfahren hervorzuheben.<sup>889</sup> Insbesondere erhöht sich durch die Einbeziehung der politischen Wahl die Zahl der Verfahrensbeteiligten im Vergleich zum gerichtlichen und behördlichen Verfahren. Zudem erfasst das demokratische Verfahren sachlich mehr Lebensbereiche als einzelne gerichtliche oder behördliche Verfahren. Sowohl die politische Wahl als auch das Gesetzgebungsverfahren wollen als Verfahrensergebnis eine Entscheidung herstellen.<sup>890</sup> Im theoretischen Ausgangspunkt findet dabei aber keine Rechtsanwendung wie im gerichtlichen oder behördlichen Verfahren oder eine bloße Durchsetzung moralischer Normen o. ä. statt.<sup>891</sup> Vielmehr *setzt* das demokratische Verfahren erst das *Recht*, das im behördlichen oder gerichtlichen Verfahren anzuwenden ist.<sup>892</sup> Außerdem ist nicht in demselben Umfang wie im gerichtlichen oder behördlichen Verfahren eine Sachverhaltsermittlung erforderlich.<sup>893</sup> Die Zwecke der Rechtsverwirklichung und Sachverhaltsermittlung scheinen also für das demokratische Verfahren nicht zu gelten.

Verfassungsrechtlich ist die demokratische Gesetzgebung aber Einschränkungen und Vorgaben unterworfen (Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG).<sup>894</sup> Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung umfasst sowohl das Verbot verfas-

<sup>886</sup> Vgl. auch *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, S. 24; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 53, 155 ff. (Rekrutierungsverfahren) und 175 ff. (parlamentarisches Verfahren); weiterhin *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 221 ff. und 235 ff.

<sup>887</sup> Zum parlamentarischen Verfahren aus verfahrenstheoretischer Sicht *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 41 f.

<sup>888</sup> Zum Verhältnis zwischen Verfahren und Ergebnis beim demokratischen Verfahren aus deskriptiver Sicht auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 148 f. (zum Naturrecht), 152 ff. (zum Demokratieprinzip), 158 f. (zum Wahlverfahren), 178 ff. (zum Gesetzgebungsverfahren).

<sup>889</sup> Zum Folgenden *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 221–244.

<sup>890</sup> *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 242.

<sup>891</sup> *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 233 f., 236.

<sup>892</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 180 f.: „unprogrammiert-programmierendes Entscheiden“.

<sup>893</sup> Zur demokratischen Bedeutung der „Wissensgenerierung“ siehe *Möllers*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 113 (119–124 und passim); vgl. auch *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 223 f., 225 f. und 236.

<sup>894</sup> Siehe nur *Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick*, Art. 20 VI Rn. 24–56.

sungswidriger Gesetze als auch das Verbot verfassungswidrigen Unterlassens.<sup>895</sup> Gleichwohl überwiegen die negativen Grenzziehungen gesetzgeberischer Entscheidungsfreiheit, insbesondere durch die Grundrechte, die positiven Verfassungsaufträge.<sup>896</sup> Wie bei den anderen Verfahrensarten stellt sich auch hier die Frage nach dem Verhältnis zwischen höherrangigen Vorgaben und eigenen Gestaltungsspielräumen, und erneut ist eine differenzierte Betrachtung angezeigt. *Oliver Lepsius* spricht von einem „relationalen Maßstab [...], der kontextuell graduert wird.“<sup>897</sup> Hinzu kommen verschiedene völker- und europarechtliche Verpflichtungen.<sup>898</sup> Parallel zur rechtserzeugenden Rechtsanwendung im gerichtlichen und behördlichen Verfahren lässt sich für das demokratische Verfahren daher die Ausfüllung verfassungsrechtlicher Gestaltungsspielräume durch demokratische Rechtssetzung als Zweck festhalten.<sup>899</sup> Was im gerichtlichen und behördlichen Verfahren als rechtserzeugende Rechtsanwendung beschrieben wurde, lässt sich also mit legitimatorisch umgekehrten Vorzeichen auf das demokratische Verfahren übertragen.<sup>900</sup> Und dass hierzu im parlamentarischen Verfahren u.U. eine Art Wahrheitsermittlung durch Sachverständigenanhörung usw. durchgeführt werden muss,<sup>901</sup> stellt auch diesbezüglich eine Ähnlichkeit zu den anderen Verfahrensarten her.<sup>902</sup> Mithin sind trotz der Unterschiede zum gerichtlichen und behördlichen Verfahren die bekannten Verfahrenszwecke auf das demokratische Verfahren übertragbar.

<sup>895</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 VI Rn. 40 f. m. w. N.

<sup>896</sup> Vgl. auch *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 222.

<sup>897</sup> *Lepsius*, in: HbVerfR, § 12 Rn. 31; dort Rn. 36 ff. zu den Faktoren für die Bestimmung gesetzgeberischer Spielräume; vgl. auch ebd., Rn. 86 ff; exemplarisch für gesetzgeberische Spielräume im Zusammenhang mit verfassungswidrigem Unterlassen BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, juris Rn. 215, 236.

<sup>898</sup> Dass in der deutschen Rechtsordnung das Völkerrecht nur kraft Anordnung durch innerstaatliches Recht gilt (*Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rn. 2 und 8 ff.), wird nicht übersehen. Zum Verhältnis zwischen europäischem Unionsrecht und nationalem Recht *Herdegen*, Europarecht, § 10; insbesondere zur Bindungswirkung europäischer Richtlinien ebd., § 8 Rn. 62 ff. Der hier entwickelte Ansatz kann auch internationales Recht in sich aufnehmen.

<sup>899</sup> Mit Blick auf die von *Lepsius* aufgezählten Funktionen des Gesetzes geht es dabei v. a. um die politische Gestaltungsfunktion, vgl. *Lepsius*, in: HbVerfR, § 12 Rn. 2. Insgesamt ist das Zusammenspiel von Verfassungsrecht und einfachem Recht (insbesondere unter Berücksichtigung der Grundrechte) damit keineswegs vollständig beschrieben. So verlangen etwa die Grundrechte teils auch eine einfach-rechtliche Ausgestaltung und Verwirklichung (*Lepsius*, in: HbVerfR, § 12 Rn. 41: Gesetzgebung ist Verfassungsvollzug in dem Sinne, dass der Gesetzgeber den Grundrechten zu objektiver Wirkung verhilft; zur Ausgestaltung auch Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, Art. 20 VI Rn. 35; *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961 ff.; zum Ausgleich von Grundrechtskollisionen in einem gesetzgeberischen Vorverfahren *Lerche*, in: ders. et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 97 ff.).

<sup>900</sup> Dies ist auch angelegt bei *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 239–242.

<sup>901</sup> Vgl. auch *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 225 f.

<sup>902</sup> Hier setzen die steuerungsskeptischen Überlegungen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft an, vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5 (34 f.); zu Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren *Ladeur*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 187 (209 ff.).

## d) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

## aa) Zusammenfassung

Rechtsverwirklichung und Wahrheitsermittlung stellen Zwecke der Verfahren aller drei Gewalten dar.<sup>903</sup> Die Feststellung dieser Gemeinsamkeit nötigt zugleich zur Hervorhebung der Unterschiede, v. a. die Rechtsverwirklichung betreffend: Zwar lassen sich in jedem staatlichen Verfahren rechtsanwendende und rechtserzeugende Elemente ausmachen,<sup>904</sup> doch ist die Gewichtung dieser Elemente keinesfalls immer dieselbe.<sup>905</sup> Im demokratischen Verfahren wird zwar die Verfassung angewendet, aber das Verfahren erbringt inhaltlich erhebliche Eigenleistungen und verwirklicht mit Freiheit und Gleichheit der Bürger zudem eigene Werte (soeben c)). Die Verwaltung wendet das höherrangige (insbesondere materielle) Recht an und unterliegt dabei im Vergleich zum Gesetzgeber stärkeren inhaltlichen Vorgaben (oben b)bb)(1)). Dennoch bestehen auch hier teilweise Spielräume, die erst im Verfahren ausgefüllt werden. Das gerichtliche Verfahren zeichnet sich durch noch engere Bindungen aus. Abgesehen von einigen Sonderfällen<sup>906</sup> ergeben sich Spielräume hier v. a. aus der strukturellen Unbestimmtheit des Rechts (oben a)aa)). Auch wenn also in jedem staatlichen Verfahren irgendein Beitrag zur Rechtsverwirklichung geleistet wird, sind rechtserzeugende und rechtsanwendende Elemente unterschiedlich verteilt.

Insbesondere die Diskussion um die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens (oben b)cc)) ergab außerdem, dass dem Verfahren eine höhere Bedeutung zukommt, je größer die Spielräume sind, die bei der Rechtsverwirklichung und Wahrheitsermittlung bestehen<sup>907</sup> bzw. je weniger das Ergebnis infolge solcher Spielräume bereits vor Verfahrenseinleitung feststeht.<sup>908</sup> Folglich gilt zur Beurteilung der Bedeutung des Verfahrensaspekts ein stufenloser Maßstab in Abhängigkeit von der Ungewissheit des Verfahrensausgangs:<sup>909</sup> Je stärker das Verfahrensergebnis aufgrund ver-

<sup>903</sup> Übergreifend nochmals *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 189 ff. und 193 ff.

<sup>904</sup> Rechtstheoretisch ist dies Ausfluss der Qualität staatlicher Verfahren als *rechtliche* Verfahren, siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 239 ff.

<sup>905</sup> Vgl. auch *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 202 ff.

<sup>906</sup> Zum Problem der Rechtsanwendung im Lückenbereich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 23 Rn. 878 ff.; zur Strafzumessung siehe oben D. Fn. 812.

<sup>907</sup> Es geht hier freilich nicht um eine Kompensationswirkung des gerichtlichen Verfahrens in dem Sinne, dass *Defizite* in der Sachverhaltsaufklärung durch eine faire Verfahrensgestaltung aufgewogen würden (kritisch dazu *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (186 ff.)). Vielmehr dient das Verfahren dazu, Unsicherheiten im Obersatz oder Untersatz des juristischen Syllogismus (*Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168) zu überwinden und erhält dadurch eine gegenüber der bloßen Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben gesteigerte Bedeutung.

<sup>908</sup> Aus soziologischer Sicht ebenso *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 51 ff., 60, 72, 128, 203 ff. und passim. Die Ungewissheit des Verfahrensergebnisses hat bei *Luhmann* zentrale Bedeutung für die Motivation des Einzelnen, sich in das Verfahren zu verstricken bzw. in den Trichter des Verfahrens zu geraten, und damit für die legitimierende Kraft des Verfahrens (siehe etwa a. a. O., S. 114 ff. und 133 f.).

<sup>909</sup> Vgl. auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 203 f.; allgemein auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 65 I.

fahrensexterner Umstände (hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage, keine Spielräume auf Rechtsfolgenseite, hinreichend klare Tatsachengrundlage) unabhängig von der Verfahrensdurchführung vorprogrammiert ist, desto geringere Bedeutung kommt dem Verfahren zu. Je offener dagegen das Ergebnis ist, desto wichtiger wird das Verfahren.<sup>910</sup> Diese Je-desto-Formel gilt sowohl für das behördliche und gerichtliche als auch für das demokratische Verfahren.

*bb) Unmittelbare Auswirkungen auf § 34 StGB*

*(1) Je-desto-Formel bei § 34 StGB*

Die spielraumbedingte Offenheit des Verfahrensausgangs ist ein wichtiges Kriterium zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren. Das ergibt sich, wenn die Erkenntnisse zum Verfahrensgedanken mit den Ergebnissen des ersten Teils dieses Kapitels zusammengeführt werden. Dort wurde ein Vorrang staatlicher Entscheidung aufgrund ausschließlich staatlicher Entscheidungskompetenz bei der Auflösung möglicher oder akuter Interessenskonflikte und in Ermangelung eines Vorrangs staatlicher Durchsetzungstätigkeit innerhalb des § 34 StGB eine *auch* private Durchsetzungskompetenz im Notstand ermittelt.<sup>911</sup> Der Verfahrensgedanke verwirklicht nun dieses Verhältnis zwischen Staat und Bürger auf der nächst-konkreteren Ebene. Das zeigt sich in drei gedanklichen Schritten.

Im ersten Schritt werden die Erkenntnisse zur Bedeutung des Verfahrens in Abhängigkeit von der Ungewissheit seines Ausgangs zu den Kategorien „Entscheidung“ und „Durchsetzung“ in Beziehung gesetzt. In dem Maß, in dem das jeweils höher-rangige Recht das Ergebnis eines Verfahrens determiniert und damit die Ungewissheit über den Verfahrensausgang reduziert, schwindet die Bedeutung dieses Verfahrens. Ist das Verfahrensergebnis unabhängig vom Verfahren hinreichend vorprogrammiert, stellt sich das Verfahren als *Durchsetzung* einer bereits feststehenden, von außerhalb des Verfahrens stammenden fremden *Entscheidung* dar (Durchsetzungsverfahren). Andererseits existiert eine solche Entscheidung, die mit dem Verfahren lediglich durchzusetzen wäre, in all denjenigen Fällen noch gar nicht, in denen das Verfahrensergebnis durch höherrangiges Recht und aufgrund der maßgeblichen Sachlage *nicht* hinreichend vorherbestimmt ist. Dann ist das Ergebnis vor der Verfahrensdurchführung noch vergleichsweise offen und die Bedeutung des Verfahrensaspekts durch entsprechende Spielräume relativ hoch. Folglich dient das Verfahren nicht der *Durchsetzung* einer fremden, sondern der Herstellung einer eigenen *Entscheidung* (Entscheidungsverfahren).

Im zweiten Schritt wird darauf die im ersten Teil dieses Kapitels ermittelte Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger übertragen. Ein staatliches Verfahren, das aufgrund der Offenheit seines Ausgangs als Entscheidungsverfahren einzuordnen ist, nimmt am Vorrang staatlicher Entscheidungen teil und ist daher gegenüber

<sup>910</sup> Vgl. auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 51 f., 128 und 161.

<sup>911</sup> Siehe oben D.II.3.d)cc), S. 248 f. und D.II.4.e)bb), S. 297 f.

privatem Vorgehen außer- oder innerhalb des § 34 StGB vorrangig. Ein Verfahren, das infolge eines hohen Grads an Vorprogrammierung lediglich als Durchsetzungsverfahren qualifiziert werden kann, entfaltet keinen Vorrang.<sup>912</sup> Kurz: Entscheidungsverfahren sind vorrangig, Durchsetzungsverfahren nicht.

Da diese Zuordnung eines Verfahrens zur Entscheidungs- und Durchsetzungsdimension und damit die Frage nach dem Verhältnis dieses Verfahrens zu § 34 StGB vom Grad der Offenheit des Verfahrensergebnisses abhängt, kann sie nicht im Sinne eines Entweder/Oder, sondern allgemein nur im Sinne eines Mehr/Weniger erfolgen. Die abgestufte Vorrangbeziehung zwischen Entscheidungs- und Durchsetzungstätigkeit aus dem vorherigen Abschnitt schwimmt damit zu einer stufenlosen Je-desto-Beziehung. Ein Verfahren ist *umso bedeutsamer*, je offener sein Ergebnis ist; es ist damit *umso mehr* der Entscheidungs- und *umso weniger* der Durchsetzungsdimension zuzuordnen und entfaltet dadurch einen *umso stärkeren* Vorrang gegenüber privater Tätigkeit. Diese verfahrensbedingte Uneindeutigkeit ist einerseits unvermeidbar.<sup>913</sup> Andererseits verlangt § 34 StGB eindeutige Ergebnisse: Der Täter handelt nicht mehr oder weniger rechtswidrig, sondern nur entweder rechtswidrig oder gerechtfertigt.<sup>914</sup> Die Unbestimmtheit des beschriebenen Maßstabs ist nicht nur unpraktikabel, sondern mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG auch verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>915</sup> Deshalb wird der stufenlose Maßstab in einem dritten Schritt im weiteren Verlauf dieser Untersuchung wieder zu praktisch handhabbaren und zumindest *hinreichend bestimmten* Kriterien konkretisiert. Das gelingt, wenn an die Ursachen für eine gesteigerte Bedeutung des Verfahrens angeknüpft wird: unbestimmte Rechtsgrundlage, Spielräume auf Rechtsfolgenseite und unklare Tatsachengrundlage.<sup>916</sup> Dies auszuarbeiten ist Aufgabe des nächsten Kapitels.

<sup>912</sup> Verwandte Gedanken liegen Rawls' Unterscheidung zwischen reiner, vollkommener und unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit zugrunde (Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, S. 106–108). Bei vollkommener und unvollkommener Verfahrensgerechtigkeit existiere, so Rawls, ein vom Verfahren unabhängiger Maßstab für die Gerechtigkeit des Ergebnisses, während bei reiner Verfahrensgerechtigkeit die Gerechtigkeit des Ergebnisses allein auf der Durchführung des Verfahrens beruhe. Folglich müssten Verfahren reiner Verfahrensgerechtigkeit immer auch tatsächlich durchgeführt werden, um ein faires Ergebnis zu erreichen. Das ähnelt den vorstehenden Ausführungen, weil auch hier davon ausgegangen wird, dass bei Entscheidungsverfahren ein vom Verfahren unabhängiger Maßstab für die „richtige“ Entscheidung nicht existiert, sondern diese Entscheidung erst im Verfahren hergestellt werden muss. Will der Notstandstäter dem Vorrang staatlicher Entscheidungen entsprechend handeln, kann er daher eine staatliche Entscheidung gar nicht durchsetzen, weil eine solche ohne Durchführung des Verfahrens noch gar nicht vorliegt. Deshalb hat dieses Verfahren Vorrang.

<sup>913</sup> Damit bestätigen die Ergebnisse die Aussagen von Schmidt-Aßmann und Hoffmann-Riem, vgl. oben D. Fn. 649.

<sup>914</sup> Siehe auch Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 22 und 33; zur Idee verschiedener „Grade des Unrechts“ und den Zusammenhängen mit der Lehre vom „rechtsfreien Raum“ siehe Arthur Kaufmann, FS Maurach, S. 327 (335); zur Diskussion um den rechtsfreien Raum oben D. II.4.c)cc(3), S. 280 ff.; vorliegend nicht gemeint sind Grade des Unrechts in einem (wie auch immer definierten) materiellen Sinn; dazu etwa Lenckner, a. a. O., S. 32 ff.

<sup>915</sup> Zur Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen siehe oben C. Fn. 457.

<sup>916</sup> Kritisch zur Einbeziehung staatlicher Beurteilungsspielräume in § 34 StGB Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 101; differenzierend zur Risikoabschätzung aber ebd., S. 102.

An dieser Stelle ist festzuhalten: Bei relativ eindeutiger Determinierung des Verfahrensergebnisses stellt sich das Verfahren als Durchsetzung einer bereits vorhandenen Entscheidung dar und entfaltet daher keinen Vorrang gegenüber § 34 StGB. Bei vergleichsweise hoher Ungewissheit über den Verfahrensausgang stellt das Verfahren hingegen eine eigene Entscheidung her und nimmt deshalb am Vorrang staatlicher Entscheidungen teil. Damit gilt für § 34 StGB folgende Je-desto-Formel: je offener das Ergebnis eines Verfahrens, desto stärker der Vorrang dieses Verfahrens, je stärker die Vorprogrammierung des Ergebnisses, desto schwächer der Vorrang.

Damit lässt sich die zu Anfang des Kapitels in Anlehnung an *Hobbes*, *Locke* und *Nozick* aufgestellte Hypothese, der Notstandstäter geriere sich als Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker in eigener Sache (oben II.2.c), S. 215 f.), abschließend beantworten. Bereits der erste Teil des Kapitels ergab, dass vermieden werden muss, dass sich der Einzelne innerhalb des § 34 StGB zum individuellen Gesetzgeber über andere aufschwingt. Demgegenüber ist es im Zusammenhang mit § 34 StGB unproblematisch, dass der Täter zum individuellen Vollstrecker wird (oben II.5, S. 298 f.). Die Einordnung des „Richters in eigener Sache“ fiel bislang schwer. Die Ursache hierfür ist nun klar: Der (bildhafte) Richter kann sowohl der Entscheidungs- als auch der Durchsetzungsdimension zuzuordnen sein. Dass der Notstandstäter „Richter in eigener Sache“ wird, ist nur dann ein Problem für den rechtfertigenden Notstand, wenn der „Richter“ in wesentlichen Bereichen eine eigene Entscheidung trifft. Spätestens jetzt zeigt sich, dass das Bild vom Gesetzgeber, Richter und Vollstrecker in eigener Sache zu ungenau ist. Die Je-desto-Formel bringt die Grenzen zwischen den drei Positionen zum Verschwimmen, um einen in der Rechtswirklichkeit operablen Maßstab zu beschreiben. Damit ersetzt sie die einleitend aufgestellte Hypothese.

## (2) Einordnung

Bei genauem Hinsehen ist der Gedanke der Je-desto-Formel, dass dem rechtfertigenden Notstand bei zunehmender Determinierung einer staatlichen Tätigkeit größere Bedeutung zukommt, in Theorie und Dogmatik des § 34 StGB nicht unbekannt. Nichts anderes steht hinter der Auffassung, § 34 StGB sei eine Brücke zwischen Recht und Moral, erlaube den Schutz und die Durchsetzung der natürlichen, angeborenen Rechte des Einzelnen oder stelle eine Ausnahme zum Gewaltmonopol dar.<sup>917</sup> Solche und ähnliche Ansichten gehen davon aus, dass der Staat an bestimmte vorpositive Normen gebunden und deshalb Vollzugsinstanz derselben ist.<sup>918</sup> Staatliche Tätigkeit ist demnach *insgesamt* durch vor- und überpositive Grundsätze determiniert, weshalb sie *insgesamt* keinen Vorrang gegenüber privaten Notstandshandlungen entfaltet. Solche Auffassungen wurden bislang abgelehnt, weil der Staat nach der hier ver-

<sup>917</sup> Dazu oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.; C.II.2.d), S. 124 ff.; D.II.3.d)bb), S. 245 ff.; D.II.4.c)cc)(3) D.II.4.c)(3)(c), S. 280 ff.

<sup>918</sup> Vgl. nochmals *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts, S. 125 f., 133, 228 f., 270 ff., 480 f.

tretenen Auffassung *nicht* an überpositive Normen gebunden ist. Entkleidet man die Ansichten aber von ihren hier nicht geteilten Prämissen zu Staat und Recht und wendet ihren Grundgedanken auf der Ebene des positiven Rechts an, lässt sich dieser in der soeben entwickelten Je-desto-Formel wieder erkennen. Der Staat ist zwar nicht insgesamt an vorpositive Normen gebunden, aber jede einzelne staatliche Tätigkeit unterliegt der verfassungsmäßigen Ordnung bzw. Gesetz und Recht (Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG), und je weniger Spielraum ihr dadurch verbleibt, desto mehr Raum besteht für § 34 StGB.

Der Vergleich mit abweichenden Auffassungen zeigt zugleich einen Vorteil des hier entwickelten Ansatzes. Diejenigen, die in § 34 StGB eine Brücke zwischen Recht und Moral sehen oder ähnliche Meinungen vertreten, stellen dem rechtfertigenden Notstand „den Staat“ als Gesamtheit gegenüber. Bewegt man sich jedoch auf einer konkreteren Ebene und innerhalb der Rechtsordnung, sind die Kategorien von „Staat“ und „Recht“ zu allgemein und ungenau: Es geht weder um den Staat an sich noch um das Recht als solches, sondern um verschiedene staatliche Stellen, die eine Vielzahl staatlicher Verfahren betreiben und dabei vielfältigen rechtlichen Vorgaben unterschiedlicher Rangordnung unterliegen. Dies zu berücksichtigen und damit differenzierte Lösungen einzelner Fälle zu erarbeiten erlaubt die Je-desto-Formel. Es geht also nicht um einen Vorrang „des Staates“, sondern um einen Vorrang eines konkreten staatlichen Verfahrens, das abhängig vom Grad der Offenheit seines Ergebnisses entweder als Entscheidungs- oder als Durchsetzungsverfahren einzuordnen ist. Im Ergebnis bringt die Je-desto-Formel bereits bekannte Grundgedanken der Notstandstheorie in positiv-rechtlichem Gewande innerhalb einer ausdifferenzierten Rechtsordnung zur Anwendung.

### (3) *Recht und Wirklichkeit innerhalb und außerhalb des Verfahrens*

Mit Blick darauf, dass einleitend die Einbeziehung des Verfahrensaspekts in eine Untersuchung zum rechtfertigenden Notstand mit Ähnlichkeiten bei der Entwicklung des Notrechts und des prozeduralen Denkens begründet und nun der Grad der materiell-rechtlichen Steuerung eines Verfahrens zu einem wichtigen Kriterium für dessen Verhältnis zu § 34 StGB erklärt wurde, verwundert die Kritik an der Prozeduralisierungseuphorie der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft (oben b)bb)(1) womöglich. Sieht man genauer hin, kehrt dabei das Problem dieser Arbeit in veränderter Gestalt wieder. Wie gesehen stehen manche Steuerungskeptiker (und andere) auf dem Standpunkt, erst das Verfahren erzeuge und konstruiere das Recht und „die Wirklichkeit“. Das materielle Recht büße infolge komplexer werdender Wirklichkeit seine Steuerungskraft ein, und die Komplexität besagter Wirklichkeit müsse im Verfahren durch eine eigene Realitätskonstruktion reduziert werden.<sup>919</sup> Diese mit Krea-

<sup>919</sup> Siehe oben D.III.2.b)bb)(1), S. 316 ff. und D.III.2.b)bb)(2), S. 320 ff.; vgl. auch Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 23.

tionstheorien im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren vergleichbare<sup>920</sup> Auffassung hat für den rechtfertigenden Notstand wichtige Auswirkungen. Aus Sicht der Steuerungskeptiker erbringt *jedes* Verfahren eine *wesentliche* Eigenleistung.<sup>921</sup> Damit wären staatliche Verfahren gegenüber § 34 StGB *immer* vorrangig. Das gilt unabhängig von der Je-desto-Formel: Wenn Recht und Wirklichkeit nur *im Verfahren* relevant sind (gelten oder „existieren“), bleibt für die (rechtliche) Rechtfertigung einer naturgemäß *außerhalb* staatlicher Verfahren stattfindenden Notstandstat kein Raum mehr. Allerdings muss, wenn sich im klassischen Fall der Bergsteiger vor einem plötzlich hereinbrechenden (und noch nicht in einem förmlichen Verfahren festgestellten) Unwetter in eine fremde Hütte rettet<sup>922</sup> und dort auf einen unwilligen Hütteneigentümer trifft, bereits *in diesem Moment* – und nicht erst durch gerichtliche Klärung im Strafprozess – die Berechtigung oder Nicht-Berechtigung des Bergsteigers nach § 34 StGB feststehen.<sup>923</sup> Jeder strafrechtliche Rechtfertigungsgrund setzt die Geltung und die Existenz von Recht und Wirklichkeit und deren *rechtliche* Anerkennung *außerhalb* staatlicher Verfahren voraus (es sei denn, er bezieht sich auf vorpositive Grundsätze, was abzulehnen ist). Folglich spricht bereits die bloße Existenz des § 34 StGB gegen eine extreme Prozeduralisierungseuphorie und die Steuerungskeptis der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft.<sup>924</sup>

Gegen eine maßvolle Betonung des Verfahrensgedankens ist allerdings nichts einzuwenden. Mit Blick auf das hier vertretene Rechtsverständnis und die Bedeutung des demokratischen Verfahrens geht vielmehr auch diese Arbeit von einer Verfahrensabhängigkeit des Rechts aus. Ein von aller Prozedur unabhängig geltendes Recht stellte einen Rückfall in naturrechtliche Kategorien dar. Während eine Überbetonung des Verfahrens zur Abschaffung des § 34 StGB führen müsste, hebelte eine vollständige Abkehr vom Verfahrensgedanken also das staatliche Recht insgesamt aus. Das ist das Grundproblem dieser Arbeit. Um dieses zu lösen, braucht es einen Mittelweg.

Die Betonung des Verfahrensgedankens hat auf unterschiedlichen Ebenen verschiedene Auswirkungen: Eine große Bedeutung des Verfahrens auf Ebene der demokratischen Rechtssetzung *verwirklicht* aufgrund der damit verbundenen Absage an verbindliche Maßstäbe außerhalb des Rechts die politische Freiheit und Gleich-

<sup>920</sup> Hierzu *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 122 ff.

<sup>921</sup> So etwa *Hilbert*, Die Verwaltung 51 (2018), 313 (348).

<sup>922</sup> Zu diesem Beispiel oben B.II.2.d)b), S. 23 und unten E.IV.3.c)ee), S. 465 ff.

<sup>923</sup> Vgl. den Einwand gegen Kreationstheorien bzgl. des gerichtlichen Verfahrens bei *Gaul*, AcP 168 (1968), 27 (54 f.); *Schaper*, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 125.

<sup>924</sup> Wenn man so will, verwirklicht sich hier ein allgemeiner Einwand gegen die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft. Diese will mit einem Wechsel von der gerichtlichen Kontroll- in die behördliche Handlungsperspektive einen Fortschritt im verwaltungsrechtlichen Denken erreichen (*Vofskuhle*, GVwR I, § 1 Rn. 15 und 18 ff.). Dadurch nimmt sie jedoch alle Umstände außerhalb des Verfahrensverfahrens nur noch „durch die behördliche Brille“ wahr und legt eine ebenso enge Perspektive an den Tag wie bei einer Beschränkung auf die gerichtliche Kontrolle. Grundsätzliche Kritik an der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft unter ähnlichen Gesichtspunkten bei *Schönberger*, JöR 65 (2017), 511 (514 ff.); dort S. 520 f. auch zur Realbereichsanalyse.

heit der Bürger. Ein Mehr an Prozeduralisierung auf Ebene der Verwaltung oder des Gerichtsprozesses lockert dagegen die Gesetzesbindung und wirkt damit aus Sicht der Bürger freiheitsgefährdend. Das spricht für eine differenzierende Haltung, wie sie in der Je-desto-Formel zum Ausdruck kommt.

*cc) Rechtsfrieden, Steuerungsskepsis und starker Staat*

Neben diesen unmittelbaren Auswirkungen der bisherigen Erkenntnisse auf § 34 StGB bestehen einige Gemeinsamkeiten zwischen den vorstehend kritisierten Auffassungen zu den Verfahrenszwecken, die eine Verbindung zur Kritik am staatlichen Gewaltmonopol<sup>925</sup> aufzeigen.

*(1) Krisenerscheinungen und ihre Therapie*

Vergleicht man die Diskussion um den Rechtsfriedenszweck des gerichtlichen Verfahrens mit der Steuerungsdiskussion im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahren, zeigen sich Ähnlichkeiten. Erstens liegt sowohl bei denjenigen, die wie Schmidhäuser in der Herstellung von Rechtsfrieden einen Zweck des Gerichtsprozesses sehen, als auch in Teilen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft der Fokus auf einem pathologischen Fall<sup>926</sup> bzw. einer (tatsächlichen oder vermeintlichen) Krisenerscheinung.<sup>927</sup> Der Rechtsfriedenszweck betrachtet v. a. das Problem eines materiell-rechtlich fehlerhaften, aber rechtskräftigen Urteils,<sup>928</sup> die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft blickt auf komplexer werdende Verhältnisse in der Gesellschaft, eine scheinbar nachlassende Steuerungsfähigkeit des Rechts und deren Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren.<sup>929</sup>

Aus einer solchen Krisenerscheinung folgern beide Strömungen zweitens die Notwendigkeit einer Weiterentwicklung des jeweiligen „traditionellen“ Modells. Schmidhäuser sieht im Rechtsfrieden einen übergreifenden Zweck des gerichtlichen Verfahrens im Sinne einer Synthese von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit und will damit die Unabhängigkeit rechtskräftiger Urteile von ihrer materiell-rechtlichen Richtigkeit erklären.<sup>930</sup> Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft schließt aus einer schwindenden Steuerungskraft des Parlamentsgesetzes auf die Notwendigkeit einer Abkehr von „idealisierenden Vorstellungen über die umfassende Problemlösungskraft des Parlamentsgesetzes“<sup>931</sup> und votiert für eine (mehr oder weniger) eigenständige Rechts-

<sup>925</sup> Siehe oben D.II.4.c)bb), S. 263 ff.

<sup>926</sup> Vgl. Gaul, AcP 167 (1968), 27 (58) gegen Schmidhäuser; ebenso Gottwald, in: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 17.

<sup>927</sup> Zur Krise des regulativen Rechts als Ausgangspunkt der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft exemplarisch Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 51 ff.

<sup>928</sup> Siehe nur Schmidhäuser, FS Eb. Schmidt, S. 511 (521).

<sup>929</sup> Siehe oben D. Fn. 792 zur Steuerungsskepsis.

<sup>930</sup> Schmidhäuser, FS Eb. Schmidt, S. 511 (521).

<sup>931</sup> Hoffmann-Riem, AöR 130 (2005), 5 (34).

und Wirklichkeitskonstruktion im Verwaltungsverfahren.<sup>932</sup> Dies erkläre behördliche Gestaltungsspielräume und die gesetzlichen Grenzen der behördlichen Tatsachenfeststellung, die einer Ermittlung der „materiellen Wahrheit“ im Weg stünden.<sup>933</sup> Letzteres findet sich auch im Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren: So sollen etwa Beweisverwertungsverbote im Strafprozess für das Modell einer rein prozessualen Wahrheit sprechen.<sup>934</sup> Zusammenfassend wird also jeweils anhand eines neuen Begriffs (Rechtsfrieden) oder einer neuen Methode (Neue Verwaltungsrechtswissenschaft) ein neues Modell entwickelt, das die zuvor behauptete Krisenerscheinung in sich aufnimmt und Konflikte zwischen derselben und dem traditionellen Modell behebt.<sup>935</sup> Wenn Zweck des Gerichtsprozesses nicht mehr „Wahrheit und Gerechtigkeit“, sondern die Herstellung von Rechtsfrieden ist, steigt das vormals pathologische Fehlurteil von der Zweckverfehlung zur Zweckverwirklichung auf. Wenn das Verwaltungsverfahren Recht und Wirklichkeit anhand vorgegebener Verfahrensschritte konstruiert, besteht kein Unterschied zwischen komplexen und einfachen Fällen, und ein Abbruch der Wirklichkeitskonstruktion aus Rechts- oder Effizienzgründen ist genauso unproblematisch wie ein behördlicher Gestaltungsspielraum.

Drittens schließlich taucht im Zusammenhang mit jeder der beiden Konfliktvermeidungsstrategien an irgendeiner Stelle die Vorstellung eines starken Staates, wie sie aus dem normativ verstandenen staatlichen Gewaltmonopol bekannt ist, auf. So verstehen viele den Rechtsfriedenszweck des gerichtlichen Verfahrens als Kehrseite zum Selbsthilfeverbot und leiten ihn damit aus dem staatlichen Gewaltmonopol her.<sup>936</sup> Und die Steuerungsskepsis fußt auf der Vorstellung eines allzuständigen Staates ohne verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Steuerung.<sup>937</sup> Keines der neuen Modelle kommt also ohne eine dem Bürger und dem Recht übergeordnete Rolle des Staates aus.

## (2) Analyse: Staat als Einheit

Letzteres stellt die Verbindung zwischen den einzelnen Punkten her. Die unterschiedlichen Krisenerscheinungen sind aus Sicht derer, die sie durch neue theoretische Konzepte beheben wollen, nur deshalb problematisch, weil sich hier Risse im

<sup>932</sup> Stellvertretend *Hilbert*, *Die Verwaltung* 51 (2018), 313 (317 ff.).

<sup>933</sup> Stellvertretend *Hilbert*, *Die Verwaltung* 51 (2018), 313 (320 ff.).

<sup>934</sup> Stellvertretend *Stuckenberg*, in: *Schroeder/Kudrato* (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*, S. 39 (44 f.).

<sup>935</sup> Vgl. auch die Beschreibung bei *Kudlich*, *Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot*, S. 223–227.

<sup>936</sup> Siehe nochmals *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 1 Rn. 2 f.

<sup>937</sup> Zur Kritik nochmals *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, S. 17 ff.; dort S. 48 ff. auch allgemein zum starken Staat als notwendige Voraussetzung der Übertragung systemtheoretischer Ansätze in den juristischen Diskurs; dazu auch *Möllers*, *Staat als Argument*, S. 248 f.; das dort jeweils beschriebene Phänomen zeigt sich etwa bei *Ladeur*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungskraft des Rechts*, S. 187 (190 ff.).

vorausgesetzten Bild eines starken Staates zeigen.<sup>938</sup> Das verdeutlicht die Prämisse der Steuerungskepsis, die vernachlässigt, dass staatliche Steuerung von vornherein methodisch und verfassungsrechtlich bedingt „defizitär“ ist.<sup>939</sup> Aber auch ein materiell-rechtliches Fehlurteil vor Gericht greift u.U. die Autorität des Staates an.<sup>940</sup> Ebenso wenig wie ein starker Staat das Faktum des Pluralismus aushält,<sup>941</sup> verträgt er solche Anomalien. Diese Schwächung des Staates ruft Strategien zur Stärkung desselben durch Vermeidung solcher Konflikte hervor. Die Vorgehensweise erinnert dabei an *Hegels* Dialektik.<sup>942</sup> Widersprüche zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im gerichtlichen Verfahren werden durch den neuen Verfahrenszweck des Rechtsfriedens *aufgehoben*. Gegensätze zwischen lebensweltlicher Wahrheit und im Verfahren ermittelten und verwertbaren Tatsachen verschwinden in der Vorstellung einer prozedural konstruierten Realität, und aus ausnahmsweise gelockerter Gesetzesbindung der Verwaltung wird ein Argument für prozedurale Rechtserzeugung. Dass es jeweils erneut der Staat ist, der angesichts vermeintlicher Widersprüche *vereinheitlichend* wirkt, verwundert mit Blick auf *Hegels* Staatsbild nicht.<sup>943</sup> Die Vorstellung vom Staat als („faktische“ Macht-)Einheit<sup>944</sup> steht mithin am Anfang und am Ende der Strategien zur Bewältigung von Krisen, die ohne diese Vorstellung gar keine Krisen wären.

### (3) *Gegenentwurf: Konflikte aushalten statt aufheben*

Löst man sich stattdessen vom Bild eines allzuständigen und übermächtigen Staates, überzeugen weder Diagnose noch Therapie der Krisenzustände. Pathologische Fälle bleiben pathologisch, und Konflikte werden explizit gemacht und ausgehalten anstatt aufgehoben.<sup>945</sup> Ein aus materiell-rechtlicher Sicht fehlerhaftes Urteil verfehlt die Zwecke des Gerichtsverfahrens. Das Festhalten an ihm ist nicht durch Rechtsfrieden

<sup>938</sup> Vgl. auch *Möllers*, Staat als Argument, S. 252, zum Zusammenhang staatstheoretischer Extremformeln mit Verfallskonzeptionen des Staates in der Nachfolge *Carl Schmitts*.

<sup>939</sup> *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, S. 17 ff.

<sup>940</sup> Zum Autoritätsdenken im Zusammenhang mit Rechtskraft und Wiederaufnahme siehe die Nachweise bei *Slognat*, ZStW 133 (2021), 741 (749 f.).

<sup>941</sup> Dazu oben D.II.4.e)aa), S. 296 f.

<sup>942</sup> Das erinnert an das Prinzip der „gegensatzaufhebenden Begriffsbildung“, wie es *Lepsius* für die Staatsrechtslehre der Weimarer Republik und im Dritten Reich untersucht, siehe *Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, S. 145 ff. und passim. *Lepsius* geht es dabei um die „Überwindung traditioneller Gegensatzpaare, wie die von Sein und Sollen, Wert und Wirklichkeit, subjektiver Wertung und objektivem Wert, Faktizität und Normativität“ durch neue Begriffsbildung und die „Rückführung eines Begriffs auf antagonistische Konstituanten und deren Aufhebung durch den neuen Begriff“ (a. a. O., S. 146 f.). Dies habe letztlich zu inhaltlicher und methodischer Beliebigkeit der Begriffe geführt (a. a. O., S. 365 ff.) und erkläre den geringen Widerstand der Juristen gegen die Dienstbarmachung des Rechts für Zwecke des Nationalsozialismus (a. a. O., S. 379 ff.). Die Methode und die kollektivistische Tendenz derselben ähneln dem vorliegend Kritisierten.

<sup>943</sup> *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §§ 257 ff.

<sup>944</sup> Zu den Hintergründen der Vorstellung vom Staat als Einheit *Möllers*, Staat als Argument, S. 228–255.

<sup>945</sup> Zum Folgenden *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 179 ff. und 196 f.;

legitimiert, sondern z.B. im Fall eines (fehlerhaften) Freispruchs Forderung des Art. 103 Abs. 3 GG.<sup>946</sup> Beweisverwertungsverbote laufen dem Zweck der Wahrheitsfindung im Strafverfahren zuwider. Sie finden ihre Notwendigkeit aber erneut in Rechten des Betroffenen.<sup>947</sup> Dass die administrative Sachverhaltsermittlung an tatsächliche oder rechtliche Grenzen stößt, dient effizientem Verwaltungshandeln unter Entscheidungsdruck, ist Ausdruck der Grenzen naturwissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts<sup>948</sup> und schützt wiederum subjektive Rechte. Und behördliche Entscheidungsspielräume sind Abweichungen von der Gesetzesbindung der Verwaltung, die einer Ermächtigung bedürfen,<sup>949</sup> an verfassungsrechtliche Grenzen gebunden sind<sup>950</sup> und auf fehlerhafte Ausübung überprüft werden können.<sup>951</sup>

Wer tatsächliche oder vermeintliche Widersprüche explizit macht und aushält, anstatt sie in neuen Großformeln dialektisch aufzuheben, erkennt, dass es sich entweder um eine Verwirklichung der im Regelfall grundrechtlich geforderten Grenzen staatlicher Zweckverfolgung oder um interne Zielkonflikte handelt.<sup>952</sup> Daraus ergibt sich ein gewisser Legitimationsdruck für die eine oder andere Seite eines Konflikts, den eine dialektische Konfliktvermeidung verdeckt.<sup>953</sup> Schließlich wird beim Explizitmachen solcher Konflikte gewahrt, was durch ein hier abgelehntes Staatsverständnis strukturell unterbewertet wird: die Entscheidungskompetenz des demokratischen Gesetzgebers. Anstatt besagte Zielkonflikte im Vorfeld aufzuheben, ist es nämlich das *Verfahrensrecht*, in welchem *der Gesetzgeber* alle Zwecke, Ziele und Prinzipien zu einem Ausgleich bringt und zugleich die Grundrechte etwaiger Betroffener schützt (oder es versucht).<sup>954</sup> Und dass die These vom Rechtsfriedenszweck des gerichtlichen Verfahrens mit der (u. U. bestehenden) Entscheidungsqualität richterlicher Tätigkeit unvereinbar ist<sup>955</sup> und Kritiker der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft verschlei-

---

*Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 226f.; *Popp*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, S. 149f.

<sup>946</sup> *Slogsnat*, ZStW 133 (2021), 741 (764f. und passim).

<sup>947</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 13 und 30; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, Einl. Rn. 55a ff., jeweils m. w. N.; vgl. auch *Stuckenberg*, in: Schroeder/Kudrato (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, S. 39 (45).

<sup>948</sup> BVerfGE 149, 407 (413 ff.).

<sup>949</sup> Siehe zur normativen Ermächtigungslehre im Zusammenhang mit behördlichen Beurteilungsspielräumen Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, § 40 Rn. 158 ff.; kritisch *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 7 Rn. 34.

<sup>950</sup> Siehe zum Parlamentsvorbehalt und der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG etwa *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 629 ff.

<sup>951</sup> Zur Kontrolldichte *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 7 Rn. 4f.; z. B. zu Ermessensfehlern ebd., Rn. 19 ff.

<sup>952</sup> Ebenso *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 179; siehe auch *Ossenbühl*, NVwZ 1982, 456 ff.; *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (157).

<sup>953</sup> Das zeigte sich bereits in der Diskussion um die Legitimation des § 34 StGB, siehe oben C. II.2.f), S. 137 ff.

<sup>954</sup> Vgl. auch *Ossenbühl*, FS Eichenberger, S. 183 (194).

<sup>955</sup> Siehe oben D.III.2.a)cc(2), S. 312 ff. m. N.

erte Machtausübung durch Wissenschaft vorwerfen,<sup>956</sup> belegt schließlich ebenfalls die Geringschätzung institutioneller Entscheidungszuständigkeiten infolge einer normativen Überhöhung des Staates.<sup>957</sup> Damit setzt sich fort, was oben bereits am normativen Verständnis des staatlichen Gewaltmonopols kritisiert wurde.<sup>958</sup>

### 3. Zwecke des Verfahrensrechts: Grundrechtsschutz durch Verfahren

#### a) Einleitung

Die Überlegungen zur Verteilung der Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger und die daraus hervorgegangene Je-desto-Formel betreffen primär das Verhältnis zwischen Notstandstäter und Staat. Die Position eines möglichen Eingriffsoffers im rechtfertigenden Notstand wurde bislang v. a. *mittelbar* im Zusammenhang mit dem liberalen Legitimitätsprinzip nach *Rawls* und der auch relativistisch bedingten Gleichheit der Ansichten in einer Demokratie relevant. Das ändert sich mit den folgenden Überlegungen zu den Zwecken des Verfahrensrechts. Diese vervollständigen das Notstands-Dreieck um die Beziehungen des Eingriffsoffers zum Staat und zum Notstandstäter.

Das Verfahrensrecht institutionalisiert das von ihm geregelte Verfahren als *rechtliches* Verfahren. Zugleich bringt es die Zwecke und Ziele des Verfahrens untereinander und im Verhältnis zu anderen Aspekten, insbesondere den Rechten der Betroffenen, in einen Ausgleich. Ein wichtiger Zweck des Verfahrensrechts ist der Grundrechtsschutz durch Verfahren.<sup>959</sup> Dem widmen sich die folgenden Ausführungen. Im Ergebnis ergänzt die Einbeziehung des prozeduralen Grundrechtsschutzes die zuvor entwickelte Je-desto-Formel um weitere Kriterien zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren.

Dass prozeduraler Grundrechtsschutz möglicherweise für § 34 StGB relevant ist, legen ähnliche Entwicklungen in Straf- und Grundrechtstheorie nahe. Wie gesehen lässt sich die rechtliche Anerkennung des rechtfertigenden Notstands als Ergebnis einer Entwicklung weg von einem liberalen Denken in negativen Freiheiten und hin zur Einbeziehung der materiellen Bedingungen der Freiheitsverwirklichung beschreiben. Im Bereich der Grundrechte führte die Einsicht, dass der Einzelne nicht nur durch Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe geschützt werden muss, sondern zur Verwirklichung seiner Freiheit auch auf staatliche Leistungen angewiesen ist, zur Anerkennung anderer als nur negativer Funktionen der Grundrechte<sup>960</sup> und bewegte

<sup>956</sup> S. Schönberger, JöR 65 (2017), 511 (526 ff.); vgl. auch Lindner, FS Juristische Fakultät Augsburg, S. 203 (204).

<sup>957</sup> Angedeutet bei Möllers, Staat als Argument, S. 251; zu den Selbstermächtigungsstrategien der Begriffsbildung in der Weimarer Republik und im Dritten Reich Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, S. 127–145.

<sup>958</sup> Siehe oben D.II.4.c)bb)(3)(b), S. 268 ff.

<sup>959</sup> Kudlich, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 221.

<sup>960</sup> Siehe nur Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 48 Rn. 18 ff.; vgl. auch Hesse, EuGRZ 1978, 427 (430); weiterhin auch Grimm, NVwZ 1985, 865 (866 f.); Günther, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende

Peter Häberle zur Entwicklung des „status activus processualis“, d. h. des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.<sup>961</sup> Im modernen Leistungsstaat sei der Staat anders als im bürgerlichen Eingriffs- und Ordnungsstaat nicht mehr nur Gegner der Grundrechte, sondern auch Garant realer Freiheit.<sup>962</sup> Daraus folge eine wachsende Bedeutung der verfahrens- und organisationsrechtlichen Seite der Grundrechte.<sup>963</sup> Sowohl der prozedurale Grundrechtsschutz als auch § 34 StGB thematisieren also die materiellen Bedingungen der Freiheitsverwirklichung.<sup>964</sup> Dann liegt es nahe, grundrechtliche Verfahrenssicherungen in die vorliegende Untersuchung einzubeziehen.

### b) Grundrechtsverwirklichung durch Organisation und Verfahren

#### aa) Grundrechte und Verfahrensrecht

Der Begriff der „Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren“<sup>965</sup> bedarf zuerst der Präzisierung und Einordnung.<sup>966</sup> Es lassen sich vier Bereiche unterscheiden, in denen Verfahrensaspekte im Zusammenhang mit den Grundrechten relevant werden.<sup>967</sup> Erstens kennt das GG eigenständige Verfahrensgrundrechte, bei welchen das Verfahren selbst Gegenstand grundrechtlicher Gewährleistung ist. Zu denken ist etwa an die Justizgrundrechte und Art. 19 Abs. 4 GG. Hier wird unmittelbar ein bestimmter Aspekt eines Verfahrens gewährleistet.<sup>968</sup> Zweitens beinhalten manche Grundrechte eine ausdrückliche prozedurale Absicherung bzw. Verstärkung ihres materiellen Gewährleistungsgehalts. So wird beispielsweise das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG durch Verfahrensvorgaben in Art. 104 GG flankiert.<sup>969</sup> Auch in anderen Grundrechten finden sich Verfahrensanforderungen (z. B. Art. 13 Abs. 2–6 GG). Drittens folgt bereits aus der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, dass sie vor Beeinträchtigungen *innerhalb* von Organisation und Verfahren, z. B. vor verfahrensrechtlichen Auskunft-

---

Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 51 (62 f.), jeweils im Zusammenhang mit der Steuerungsdiskussion. Ausführlich zur historischen Entwicklung Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 52 ff. mit Kritik an der Gleichsetzung grundrechtlicher Abwehrrechte mit rein negativen Freiheiten ebd., S. 120–143.

<sup>961</sup> Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.); dort S. 55 ff. und 66 ff. allgemein zum Leistungsstaat als Gegenstück zum bürgerlichen Ordnungs- und Eingriffsstaat und zu den Auswirkungen auf die Grundrechtslehre.

<sup>962</sup> Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (67 f.) und passim.

<sup>963</sup> Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (81 und 86 ff.).

<sup>964</sup> Vgl. allgemein auch Kühnbach, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 149 ff.

<sup>965</sup> Hesse, EuGRZ 1978, 427 (434).

<sup>966</sup> Siehe auch Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 430 ff.; Bethge, NJW 1982, 1 (2); Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 3.

<sup>967</sup> Zum Folgenden Schmidt-Aßmann, in: HGR II, § 45 Rn. 1 ff.; vgl. auch Dreier/Sauer, Vor Art. 1 Rn. 121; Ossenbühl, DÖV 1981, 1 (5); ders., FS Eichenberger, S. 183 ff.

<sup>968</sup> Ruffert, FS Hufen, S. 511 (512).

<sup>969</sup> Dazu Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 17; ebd., S. 101 ff. auch zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen formeller und materieller Grundrechtsgarantie.

oder Mitwirkungspflichten oder bestimmten Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO), schützen (Grundrechtsschutz *im* Verfahren).<sup>970</sup> Schließlich wird viertens nach „gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“<sup>971</sup> und weit verbreiteter Ansicht im Schrifttum jedem materiellen Grundrecht auch ein prozedurales Element entnommen, das auf Schutz und Verwirklichung des Grundrechts durch Verfahren ausgerichtet ist (Grundrechtsschutz *durch* Verfahren im engeren Sinne bzw. status activus processualis<sup>972</sup>). Freilich ist die Redeweise vom Grundrechtsschutz *durch Verfahren* aus Sicht der hier verwendeten Begrifflichkeiten etwas ungenau: Nicht das Verfahren selbst schützt die Grundrechte, sondern das Verfahrensrecht.<sup>973</sup>

Nicht nur, aber v. a. um den zuletzt genannten Grundrechtsschutz durch Verfahren im engeren Sinne soll es im Folgenden gehen. Demnach „bedürfen Grundrechte allgemein, sollen sie ihre Funktion in der sozialen Wirklichkeit erfüllen, geeigneter Organisationsformen und Verfahrensregelungen sowie einer grundrechtskonformen Anwendung des Verfahrensrechts.“<sup>974</sup> Grundrechte würden im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren, so Häberle.<sup>975</sup> Verfahrensregelungen stärkten die materiell-rechtliche Seite der Grundrechte,<sup>976</sup> beugten einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition vor<sup>977</sup> und erhöhten die Wahrscheinlichkeit eines grundrechtsgemäßen Ergebnisses.<sup>978</sup> Es gehe um vorverlegten Grundrechtsschutz durch Verfahrensrecht.<sup>979</sup> Dabei können zwei Wirkrichtungen unterschieden werden.<sup>980</sup> Zum einen sind die verfahrensrechtlichen Funktionen der Grundrechte an den Verfahrensgesetzgeber gerichtet und verlangen ggf. eine

<sup>970</sup> Die Geltung der Grundrechte ist hier selbstverständlich, vgl. *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (166 f.).

<sup>971</sup> BVerfGE 46, 325 (334).

<sup>972</sup> Begriff nach Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (52 und 81).

<sup>973</sup> *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, S. 221. Aus anderen Gründen kritisch zum Begriff *Ph. Reimer*, Verfahrenstheorie, S. 80 mit Fn. 363.

<sup>974</sup> BVerfGE 56, 216 (236). Zum Grundrechtsschutz durch Verfahren insbesondere BVerfGE 6, 32 (44 f.); 24, 367 (401 f.); 37, 132 (141); 45, 422 (430 ff.); 46, 325 (334 f.); 49, 220 (225); 52, 214 (219); 52, 380 (389); 53, 30 (65); 56, 216 (236); 57, 295 (320); 65, 76 (94); 69, 315 (355); 84, 34 (46); 90, 60 (96); aus der Literatur instruktiv Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.); vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 428 ff.; *Bethge*, NJW 1982, 1 ff.; *Dreier/Sauer*, Vor Art. 1 Rn. 120 ff.; *Grimm*, NVwZ 1985, 865 ff.; *Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (434 ff.); *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 358 ff.; *Hufen*, StaatsR II, § 5 Rn. 11; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 143 f.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 48 Rn. 30 ff.; *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 19 Rn. 16; *Michael*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), StaatsR III, § 70; *ders./Morlok*, Grundrechte, Rn. 857 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (4 ff.); *ders.*, FS Eichenberger, S. 183 (189 ff.); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 390 ff.; *Ruffert*, FS Hufen, S. 511 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, § 45; mit Bezug auf die Durchsetzbarkeit der Grundrechte *Lorenz*, AöR 105 (1980), 624 ff.; zur Einordnung in die historische Entwicklung *Poscher*, a. a. O., S. 67 f.

<sup>975</sup> Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (52).

<sup>976</sup> Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (86).

<sup>977</sup> BVerfGE 63, 131 (143).

<sup>978</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 445 f.

<sup>979</sup> BVerfGE 53, 30 (60); Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (53).

<sup>980</sup> BVerfGE 69, 315 (355).

besondere Gestaltung des Verfahrensrechts.<sup>981</sup> Zum anderen muss auch das bereits bestehende Verfahrensrecht im Lichte der Grundrechte ausgelegt und angewendet werden.<sup>982</sup> Selbstverständlich entfalten die Grundrechte jedoch ihre Wirkung nicht allein innerhalb oder durch staatliche Verfahren.<sup>983</sup> Nicht jedes Grundrecht ist verfahrensabhängig, nicht jede Verfahrensregelung ist grundrechtlich relevant, und ein ordnungsgemäß durchgeführtes Verfahren führt nicht automatisch zu einem grundrechtskonformen Ergebnis.<sup>984</sup>

*bb) Prozeduraler Grundrechtsschutz in der Abwehr-, Leistungs- und Schutzfunktion*

Grundrechtsschutz durch Verfahrensrecht wird in allen drei Grundrecht Dimensionen relevant.<sup>985</sup> Neben der traditionellen Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe resultieren aus den Grundrechten im modernen Staat auch Leistungs- bzw. Teilhaberechte und staatliche Schutzpflichten.<sup>986</sup> Der Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren liegt quer zu diesen Funktionen und kann sich sowohl auf die Eingriffs-, als auch auf die Leistungs- und Schutzpflichtendimension beziehen.<sup>987</sup>

In der Abwehrdimension<sup>988</sup> verringert eine bestimmte Verfahrensgestaltung z. B. die Eingriffsintensität staatlicher Maßnahmen. Der Staat muss den Eingriff dadurch nicht unterlassen, aber grundrechtsschützende Verfahrenssicherungen vorsehen.<sup>989</sup> Wird dabei der Einfluss der Grundrechte auf die Verfahrensgestaltung verkannt, kann dies eine Grundrechtsverletzung begründen.<sup>990</sup> Im Bereich grundrechtlicher

<sup>981</sup> Hesse, EuGRZ 1978, 427 (435). Hier kann wiederum zwischen einem grundrechtlichen Behinderungsverbot (das Verfahren muss so konstruiert sein, dass es die Verwirklichung des Grundrechts nicht unmöglich macht oder wesentlich erschwert) und einem grundrechtlichen Gestaltungsgebot (bestimmte Verfahrensinstitute oder ganze Verfahren müssen geschaffen werden) unterschieden werden, siehe *Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, § 45 Rn. 23 f.

<sup>982</sup> BVerfGE 53, 30 (65); Hesse, EuGRZ 1978, 427 (435); Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 100.

<sup>983</sup> Übertrieben dem ersten Anschein nach Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (87 und 90); einschränkend aber ebd., S. 102 und S. 130. Gegen Verfahrenseuphorie Bethge, NJW 1982, 1 (2); Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 21 ff.; Ossenbühl, DÖV 1981, 1 (5 f.); für Differenzierungen Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 429; Grimm, NVwZ 1985, 865 (869 ff.); Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 19 Rn. 16; nachdenklich Ruffert, FS Hufen, S. 511 (518 ff.).

<sup>984</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 445; Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 52.

<sup>985</sup> Zu den Grundrechtsdimensionen z. B. Hesse, EuGRZ 1978, 427 (430 ff.); Hufen, StaatsR II, § 5 Rn. 4 ff.; Michael/Morlok, Grundrechte, 486–528; Jarass, in: HGR II, § 38; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 110–188.

<sup>986</sup> Zur Leistungs- bzw. Teilhabedimension z. B. BVerfGE 33, 303 (330 ff.); zur Schutzpflichtdimension z. B. BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164).

<sup>987</sup> Vgl. Jarass, in: HGR II, § 38 Rn. 55; Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 19; Ruffert, FS Hufen, S. 511 (513); Schmidt-Aßmann, in: HGR II, § 45 Rn. 9.

<sup>988</sup> Für ein Beispiel siehe BVerfGE 52, 380 ff.

<sup>989</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 143; ausführlicher Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 390 ff.; vgl. auch Ruffert, FS Hufen, S. 511 (513).

<sup>990</sup> BVerfGE 52, 380 (389).

Leistungs- und Teilhabeansprüche<sup>991</sup> ersetzen Verfahrensanforderungen häufig materielle Vorgaben zum Verfahrensergebnis.<sup>992</sup> Weil dem GG z. B. nur dem Grunde nach ein Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums entnommen werden könne, die Höhe desselben aber vom Gesetzgeber festgelegt werden müsse, bestünden, so das BVerfG, hohe Anforderungen an ein transparentes und sachgerechtes Gesetzgebungsverfahren.<sup>993</sup> Weil eine Ergebniskontrolle nur begrenzt möglich ist, wird Grundrechtsschutz also primär im Verfahren geleistet.<sup>994</sup> Was schließlich den Grundrechtsschutz durch Verfahren bei staatlichen Schutzpflichten angeht, ist der Mühlheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG besonders bedeutsam.<sup>995</sup> Seinen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gegen Risiken der zivilen Nutzung der Atomkraft könne der Staat auch dadurch nachkommen, dass er diese Nutzung von einer vorherigen Genehmigung und die Erteilung dieser Genehmigung von materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen abhängig macht.<sup>996</sup> Werde im Einzelfall gegen Verfahrensregeln, die der Staat in Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflicht erlassen hat, verstoßen, liege darin möglicherweise zugleich eine Grundrechtsverletzung.<sup>997</sup> Eine solche Grundrechtsrelevanz lässt sich beispielsweise für die Beteiligung der durch ein Verfahren Betroffenen durch Informations- und Anhörungsrechte annehmen.<sup>998</sup> Hier dienen die Verfahrensregeln also der Absicherung grundrechtlicher Schutzpflichten.<sup>999</sup>

Besonders Fälle der Schutzpflicht- und Leistungs- bzw. Teilhabedimension betreffen außerdem regelmäßig nicht nur das einfache Staat-Bürger-Verhältnis, sondern mehrpolige Beziehungen mit unterschiedlichen Interessen.<sup>1000</sup> So standen sich im Mühlheim-Kärlich-Beschluss z. B. die Eigentumsfreiheit eines Kernkraftbetreibers und die Grundrechte der Anwohner aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gegenüber und mussten in einen Ausgleich gebracht werden. Außerdem stehen grundrechtliche Leistungsansprüche häufig aufgrund begrenzter Ressourcen unter einem Vorbehalt des Möglichen, und nicht jeder Anspruch kann vollständig erfüllt werden.<sup>1001</sup> Kollidierende Positionen voneinander abzugrenzen, einander zuzuordnen und zum Ausgleich zu

<sup>991</sup> Für ein Beispiel siehe BVerfGE 125, 175 ff.

<sup>992</sup> Ruffert, FS Hufen, S. 511 (514 ff.); kritisch Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 10.

<sup>993</sup> BVerfGE 125, 175 (224 ff.).

<sup>994</sup> BVerfGE 125, 175 (226).

<sup>995</sup> BVerfGE 53, 30 ff.

<sup>996</sup> BVerfGE 53, 30 (57 ff.).

<sup>997</sup> BVerfGE 53, 30 (65 f.); vgl. auch Wahl, VVDStRL 41 (1983), 151 (167 f.); differenzierend hierzu Grimm, NVwZ 1985, 865 ff.

<sup>998</sup> So auch die Richter Simon und Heußner im Sondervotum zum Mühlheim-Kärlich-Beschluss, BVerfGE 53, 30 (79); siehe auch BVerfG NJW 2016, 2559; Grimm, NVwZ 1985, 865 (869 f.); Schmidt-Aßmann, in: HGR II, § 45 Rn. 38; einschränkend Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 28.

<sup>999</sup> Ruffert, FS Hufen, S. 511 (513).

<sup>1000</sup> Vgl. Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (87); Hesse, EuGRZ 1978, 427 (436).

<sup>1001</sup> BVerfGE 33, 303 (333); Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 527; Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (107 f. und 113 ff.); kritisch Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 185.

bringen, wird ebenfalls durch entsprechend ausgestaltete Verfahrensregeln erreicht.<sup>1002</sup> Praktische Konkordanz durch Verfahren<sup>1003</sup> bzw. Verfahrensrecht ist in allen Grundrechtsdimensionen von Bedeutung.

### c) Wichtige Anwendungsbereiche

#### aa) Übersicht

Für die Zwecke dieser Untersuchung sind besonders zwei Anwendungsbereiche prozeduralen Grundrechtsschutzes (im weiteren Sinne) relevant. Das soeben angesprochene Phänomen der praktischen Konkordanz durch Verfahren wird v. a. in behördlichen Verteilungsverfahren bedeutsam.<sup>1004</sup> Weil dieser Verfahrenstyp samt seiner rechtlichen Regelung jedoch eine Sonderstellung zwischen Je-desto-Formel und Grundrechtsschutz durch Verfahrensrecht einnimmt, die erst im Zusammenhang mit konkreten Beispielfällen verständlich wird, werden grundrechtssichernde Verteilungsverfahren erst im nächsten Kapitel behandelt.<sup>1005</sup> Zweitens spielen explizite grundrechtliche Verfahrenssicherungen, insbesondere Richtervorbehalt und Anhörungsrechte, eine Rolle im hier entwickelten Ansatz. Diesen widmen sich die folgenden Ausführungen.

#### bb) Anhörung und Richtervorbehalt

Bei der Anhörung des von einer staatlichen Maßnahme Betroffenen und dem Richtervorbehalt handelt es sich um klassische grundrechtliche Verfahrenssicherungen. Als „prozessuales Unrecht“ des Menschen<sup>1006</sup> normiert Art. 103 Abs. 1 GG den Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht. Der Einzelne soll nicht nur Objekt richterlicher Entscheidungen sein, sondern vor der Entscheidung zu Wort kommen und auf die Entscheidung Einfluss nehmen können.<sup>1007</sup> Freilich gilt Art. 103 Abs. 1 GG nicht gegenüber Verwaltungsbehörden.<sup>1008</sup> Ein allgemeines Recht des von einer Entschei-

<sup>1002</sup> Vgl. BVerfGE 116, 1 (16f.); Häberle, VVDStRL 30 (1972), 43 (87); Hesse, EuGRZ 1978, 427 (436); ders., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 360; Michael, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 35; Schmidt-Aßmann, in: HGR II, § 45 Rn. 73; vgl. auch Ossenbühl, FS Eichenberger, S. 183 (187f.).

<sup>1003</sup> Begriff bei Hufen, StaatsR II, § 5 Rn. 11; ders./Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 62; jeweils mit teilweise abweichendem Verständnis.

<sup>1004</sup> Zum Verteilungsverfahren Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 277 (290ff.); monographisch Malaviya, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, 2009; F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010; vgl. auch Gurlit, VVDStRL 70 (2011), 229 (253f.); Schmidt-Aßmann, in: Lerche et al. (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, S. 3 (10f.); ders., in: HGR II, § 45 Rn. 73; Schneider, in: GVwR II, § 28 Rn. 182ff.; vgl. zur grundrechtlichen Bedeutung auch Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 180.

<sup>1005</sup> Unten E.IV.3.c), S. 453 ff.

<sup>1006</sup> BVerfGE 55, 1 (6).

<sup>1007</sup> BVerfGE 107, 395 (409).

<sup>1008</sup> BVerfGE 107, 395 (407); Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Art. 103 Abs. 1 Rn. 52.

dung Betroffenen, vor Erlass der Entscheidung angehört zu werden, lässt sich jedoch entweder aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>1009</sup> oder dem jeweils einschlägigen Grundrecht und seinem prozeduralen Gewährleistungsgehalt<sup>1010</sup> ableiten.<sup>1011</sup> Die konkreten Voraussetzungen und der Umfang dieses Anhörungsrechts sind grundrechtlich nicht abschließend festgelegt, sondern stehen der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber offen.<sup>1012</sup> Ein Blick ins einfache Recht ergibt hierbei, dass die Anhörung häufig entbehrlich ist oder erst nach der fraglichen Entscheidung erfolgen kann, wenn Gefahr im Verzug vorliegt oder die Anhörung die Herbeiführung des Verfahrensergebnisses wesentlich verzögern würde (z. B. § 28 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 (LVwVfG, § 24 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 SGB X, § 91 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 AO, §§ 159 Abs. 3 S. 2, 160 Abs. 4, 205 Abs. 1 S. 2, 213 Abs. 1 S. 2, 301 Abs. 1,<sup>1013</sup> 332, 420 Abs. 3 FamFG, § 10 Abs. 1 Var. 1 InsO). Gefahr im Verzug meint eine Situation, in der durch die vorherige Anhörung ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass die verfahrensabschließende Entscheidung zu spät käme, um ihren Zweck noch zu erreichen.<sup>1014</sup> Bei besonderer Eilbedürftigkeit ist die Bedeutung des prozeduralen Grundrechtsschutzes gegenüber der materiellen Zweckerreichung also herabgesetzt.

Ähnlich ist das Bild beim (präventiven) Richtervorbehalt.<sup>1015</sup> Dass bestimmte Maßnahmen nur ein Richter anordnen darf, dient der präventiven Kontrolle einer meist eingriffsintensiven staatlichen Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz<sup>1016</sup> und bezweckt die verfahrensrechtliche Absicherung materieller Grundrechte.<sup>1017</sup> Auch hier wird der Grundrechtsschutz durch Verfahren jedoch regelmäßig herabgesetzt, wenn besondere Eile geboten ist, damit das Verfahrensergebnis seinen Zweck erreichen kann (z. B. Art. 13 Abs. 2, Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 2 GG, §§ 81a Abs. 2, 81f Abs. 1, 81g Abs. 3 S. 1, 98 Abs. 1 S. 1, 98b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, 100 Abs. 1, 100e Abs. 1 S. 2, 100j Abs. 3 S. 2, 105 Abs. 1, 110b Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2, 110d S. 3, 111 Abs. 2, 111j Abs. 1 S. 2, 131c Abs. 1, 132 Abs. 2, 161 Abs. 4 Hs. 2, 163d Abs. 2 S. 1, 163e Abs. 4 S. 2, 163f Abs. 3 S. 1, 443 Abs. 2 S. 2 StPO, § 278 Abs. 7 S. 2 FamFG, §§ 15 Abs. 3 S. 6 Hs. 2, 31 Abs. 3 S. 4, 32 Abs. 5 S. 4, 36 Abs. 5, 50 Abs. 5 S. 1, 53 Abs. 5 S. 1, 54 Abs. 7 S. 1 PolG BW).<sup>1018</sup> Erneut geht es um Fälle, in denen die vorherige Einholung

<sup>1009</sup> BVerfGE 107, 395 (405); Huber/Voßkuhle/Aust, Art. 103 Rn. 19.

<sup>1010</sup> BVerfG NJW 2016, 2559; Schmidt-Aßmann, in: HGR II, § 45 Rn. 38.

<sup>1011</sup> Zu weiteren Möglichkeiten Dürig/Herzog/Scholz/Remmert, Art. 103 Abs. 1 Rn. 53; für eine Kombination aus Rechtsstaatsprinzip, Menschenwürde und den Grundrechten Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, § 28 Rn. 2.

<sup>1012</sup> Schmidt-Aßmann, in: HGR II, § 45 Rn. 38.

<sup>1013</sup> Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2559.

<sup>1014</sup> Vgl. zu § 28 VwVfG z. B. Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, § 28 Rn. 51.

<sup>1015</sup> Hierzu ausführlich Voßkuhle, in: HGR V, § 131.

<sup>1016</sup> BVerfGE 103, 142 (151); Huber/Voßkuhle/Gusy, Art. 104 Rn. 39; zu den Funktionen der Richtervorbehalte allgemein Rabe von Kühlewein, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, S. 410 ff.; Talaska, Der Richtervorbehalt, S. 56 ff.; Voßkuhle, in: HGR V, § 131 Rn. 2 ff.

<sup>1017</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Art. 104 Rn. 72; Huber/Voßkuhle/Gusy, Art. 104 Rn. 40; Voßkuhle, in: HGR V, § 131 Rn. 3.

<sup>1018</sup> Für eine systematische Aufarbeitung der wichtigsten Richtervorbehalte Rabe von Kühle-

der richterlichen Anordnung den Erfolg der Maßnahme gefährden würde.<sup>1019</sup> Auch Art. 104 Abs. 2 GG kann hierunter gefasst werden: Eine Freiheitsentziehung ist ausnahmsweise ohne *vorherige* richterliche Entscheidung möglich, wenn andernfalls ihr Zweck nicht erreicht werden kann (Art. 104 Abs. 2 S. 2–4, Abs. 3 GG).<sup>1020</sup>

Die beiden Anwendungsbereiche und der Blick auf die einschlägigen Regelungen zeigen, dass das Verfahrensrecht den prozeduralen Grundrechtsschutz gegen die Zwecke des Verfahrens als Institution, insbesondere die ergebnisbezogenen Zwecke, abwägt und bei Gefahr im Verzug der materiellen Zweckerreichung den Vorrang einräumt. Mit zunehmender Eilbedürftigkeit sinkt also das dem Grundrechtsschutz durch Verfahren zugemessene Gewicht.

#### d) Mittelbare Drittwirkung bei § 34 StGB

##### aa) Einleitung

Weshalb und auf welche Art und Weise wird der Grundrechtsschutz durch Verfahren nun für den rechtfertigenden Notstand relevant? Die Einbeziehung des allgemeinen Verfahrensgedankens in die Dogmatik des § 34 StGB durch die Je-desto-Formel folgt bereits aus der Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger und deren Übertragung auf § 34 StGB. Dass im rechtfertigenden Notstand auch grundrechtsschützende Verfahrensregeln und Verfahrensgrundrechte zu beachten sind, bedarf aber noch einer Begründung, steht doch v. a. der Grundrechtsschutz eines potenziellen Eingriffsoffers im Raum. Exemplarisch sei an den Familienpflege-Fall erinnert: Dort war fraglich, ob das Einsperren einer psychisch Kranken durch deren Angehörige nach § 34 StGB gerechtfertigt ist, obwohl das Betreuungsrecht wegen Art. 104 Abs. 2 GG für die Einwilligung des Betreuers in freiheitsentziehende Maßnahmen eine Genehmigung durch das Betreuungsgericht verlangt.<sup>1021</sup> Ebenso wie der BGH in dem Fall argumentierte, dieser Richtervorbehalt könne von den Angehörigen nicht mithilfe des rechtfertigenden Notstands umgangen werden, weil sie als Private an Art. 104 Abs. 2 GG gar nicht gebunden seien,<sup>1022</sup> könnte ein Notstandstäter allgemein gegen die Berücksichtigung prozeduralen Grundrechtsschutzes zugunsten des Eingriffsoffers einwenden, dieser richte sich allein gegen den Staat und nicht gegen ihn als Privaten.

---

*wein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, S. 79–109; *Vofßkuhle*, in: HGR V, § 131 Rn. 15–64; freilich sehen nicht alle Richtervorbehalte Ausnahmen bei Gefahr im Verzug vor, siehe nur *Vofßkuhle*, a. a. O., Rn. 43 ff.

<sup>1019</sup> BVerfGE 103, 142 (154) zur Wohnungsdurchsuchung; zur rechtsgebietsübergreifenden Geltung der Entscheidung und den Anforderungen an die Eilkompetenz im Einzelnen *Vofßkuhle*, in: HGR V, § 131 Rn. 91.

<sup>1020</sup> BVerfGE 22, 311 (317 f.); vgl. auch *Vofßkuhle*, in: HGR V, § 131 Rn. 20.

<sup>1021</sup> Siehe oben B.II.2.b), S. 15 ff.

<sup>1022</sup> BGHSt 13, 197 (199 f.); vgl. auch BGH NJW 1959, 1595 (1596); *Sax*, JZ 1959, 778.

Angesprochen sind Probleme der grundrechtlichen Behandlung von Dreiecks-konstellationen,<sup>1023</sup> der (mittelbaren) Drittwirkung von Grundrechten unter Privaten,<sup>1024</sup> des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren<sup>1025</sup> und deren Zusammenwirken untereinander<sup>1026</sup> und mit den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen.<sup>1027</sup> Damit setzen sich die folgenden Überlegungen auseinander.

*bb) Konstruktion einer mittelbaren Drittwirkung bei § 34 StGB*

Grundrechte verpflichten grundsätzlich nur den Staat (Art. 1 Abs. 3 GG), nicht aber Private (Ausnahme insbesondere Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG).<sup>1028</sup> Als objektive Werteordnung und verfassungsrechtliche Grundentscheidungen kommt ihnen jedoch eine Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung zu.<sup>1029</sup> Sie verpflichten den Staat sowohl bei Erlass als auch bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts und entfalten bzgl. letzterem ihre Wirkung insbesondere (aber nicht nur) über die verschiedenen Generalklauseln als „Einbruchstellen“.<sup>1030</sup> Regelmäßig wird der Staat dabei zur Auflösung einer Kollision mehrerer grundrechtlich geschützter Interessen tätig und ist in der Hinsicht selbstverständlich an die Grundrechte gebunden.<sup>1031</sup> So gelten die Grundrechte in Form einer mittelbaren Drittwirkung auch im Verhältnis zwischen den von der Regelung betroffenen Privaten.

<sup>1023</sup> Hierzu nur *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 145 ff.

<sup>1024</sup> Zur Drittwirkung der Grundrechte unter Privaten aus der Rechtsprechung BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 25, 256 (263 ff.); 30, 173 (188); 35, 202 (219); 42, 143 (148); 61, 242 (254 ff.); 89, 214 (229 f.); 90, 27 (33); 101, 361 (388); 102, 347 (362); 103, 89 (100), 107, 275 (280); 137, 273 (313); 148, 267 (280 ff.); 152, 152 (186 ff.); NJW 2015, 2485; NJW 2019, 3769 (3770); die Rechtsprechung ist derart „reichhaltig und mannigfaltig“ (*Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 69 Rn. 34), dass hier nur einige wichtige Entscheidungen aufgeführt werden können (ausführliche Analyse bei *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 227 ff.). Aus der Literatur zur Drittwirkung grundlegend *Dürig*, FS Nawiasky, S. 157 ff.; siehe auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 475 ff.; *Dreier/Sauer*, Vor Art. 1, Rn. 108 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.; *Cornils*, a. a. O., § 69; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen*, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64 ff. und 125 ff.; *Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (437); *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 351 ff.; *Honer*, DÖV 2023, 411 ff.; *Hufen*, StaatsR II, § 7 Rn. 8 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 128 ff., 145 ff. und 270 ff.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 50 Rn. 42 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 481 ff. und 505 ff.; *Papier*, in: HGR II, § 55; *Poscher*, a. a. O., S. 222 ff., 245 ff., 272 ff. und v. a. S. 315 ff.; zur neueren Entwicklung hin zu einer *unmittelbaren* Drittwirkung im Anschluss an BVerfGE 148, 267 ff. und unionsrechtliche Überlagerungen siehe *Hellgardt*, JZ 2018, 901 ff.; *Jobst*, NJW 2020, 11 ff.; *Neuner*, NJW 2020, 1851 ff.; *Ruffert*, JuS 2020, 1 (3 ff.); relativierend *Cornils*, a. a. O., Rn. 45 ff.

<sup>1025</sup> Dazu allgemein die Nachweise oben D. Fn. 974.

<sup>1026</sup> Zum Grundrechtsschutz durch Verfahren unter Privaten siehe BVerfGE 10, 302 (322 f.); 148, 267 (280 ff.); *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35 ff.; *Michael*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 32 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, § 45 Rn. 7; vgl. auch *Heidebach*, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 81 ff.

<sup>1027</sup> Für den rechtfertigenden Notstand etwa *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. S. 209–221.

<sup>1028</sup> *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (203 ff.).

<sup>1029</sup> BVerfGE 7, 198 (205 ff.).

<sup>1030</sup> BVerfGE 7, 198 (206).

<sup>1031</sup> Ausführlich *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 203 ff.

Diese im Detail umstrittene Herleitung einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte<sup>1032</sup> bezieht sich meist auf *zivilrechtliche* Sachverhalte. Hier führte eine *unmittelbare* Grundrechtsbindung Privater<sup>1033</sup> letztlich zu einer Beschränkung der Privatautonomie, die auf dem beschriebenen Weg vermieden werden soll.<sup>1034</sup> Wenn gleich dieses Argument im Strafrecht nicht greift,<sup>1035</sup> ist die Figur einer mittelbaren Drittwirkung grund- und menschenrechtlicher Gewährleistungen auch bei strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen nicht unbekannt.<sup>1036</sup> Manche vertreten eine solche mittelbare Drittwirkung etwa bei der Frage, ob Art. 2 Abs. 2 EMRK die Notwehrbefugnis nach § 32 StGB einschränkt, wenn es um die Verteidigung von Sachwerten geht.<sup>1037</sup> Die Menschenrechte der EMRK gelten, so die Argumentation, zwar nicht unmittelbar unter Privaten, doch ein an diese Rechte gebundener Staat<sup>1038</sup> gerate mit ihnen in Konflikt, wenn er eine private Tat rechtfertigt, ohne die Menschenrechte hinreichend zu berücksichtigen.<sup>1039</sup> Nicht unmittelbar die private Tat, sondern die staatliche Rechtfertigung verstoße dann gegen die EMRK.

Für den rechtfertigenden Notstand lässt sich eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, die sich auch auf Verfahrensgrundrechte und grundrechtssichernde Verfahrensregeln erstreckt, auf zwei Wegen begründen. In der Grundrechtstheorie ist umstritten, wie mehrpolige Grundrechtsverhältnisse, insbesondere Dreieckskonstellationen, in denen der Staat den Konflikt zwischen zwei grundrechtlich geschützten Interessen regelt, konstruiert werden können.<sup>1040</sup> Regelmäßig beeinträchtigt hier ein Grundrechtsinhaber (der „Störer“) einen anderen (den „Gestörten“) durch die

<sup>1032</sup> Nachweise siehe oben D. Fn. 1024.

<sup>1033</sup> Dafür noch BAG NJW 1955, 606 (607 ff.); NJW 1957, 1688 (1689); NJW 1962, 1981 (1982).

<sup>1034</sup> Siehe nur *Dürig*, FS Nawiasky, S. 157 (159–164, 168–173 und 183 f.).

<sup>1035</sup> *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 215–216; *Schwabe*, NJW 1974, 670 (671). Dafür, auch außerhalb des Privatrechts trotzdem an der *mittelbaren* Drittwirkung im Gegensatz zur unmittelbaren Wirkung festzuhalten, sprechen aber nicht zuletzt Kompetenzgründe (*Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 69 Rn. 82), würde doch die unmittelbare, nicht erst durch das Fachrecht vermittelte Wirkung der Grundrechte unter Privaten den Richter zu einer großzügigen Abwägung ermächtigen. Dass *Lenckner* als Vertreter des Interessenabwägungsprinzips bei § 34 StGB der unmittelbaren Grundrechtswirkung zugetan scheint (siehe *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 209 ff.), ist daher wohl kein Zufall. Einordnung *Lenckners* in die Drittwirkungsdiskussion auch bei *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 62 mit Fn. 230.

<sup>1036</sup> Zur Erweiterung der „klassischen“ Drittwirkungsproblematik im Privatrecht auf das Verwaltungs- und Strafrecht auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 103 f., 289 ff. und 306 ff.

<sup>1037</sup> Hinweis auf die Parallele schon bei *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 217. Für eine mittelbare Drittwirkung der EMRK *Frister*, GA 1985, 553 (556 ff.); *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 314; *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 87; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 11 Rn. 26 und 34; differenzierend, für mittelbare Drittwirkung MüKoStGB/*Erb*, § 32 Rn. 24; LK/*Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 237.

<sup>1038</sup> Näher dazu BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

<sup>1039</sup> Vgl. *Frister*, GA 1985, 553 (556).

<sup>1040</sup> Hierzu insbesondere *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 69 Rn. 21 ff., 27 ff. und zu Aussagen des BVerfG ebd., Rn. 35 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 145 ff.; vgl. auch Dreier/*Sauer*, Vor Art. 1 Rn. 113 f.; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 (1155 f.); *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (906 ff.); *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 505 ff.; zum Grundrechtsschutz durch Verfahren in mehrpoligen Rechtsverhältnissen auch *Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, § 45 Rn. 51 f.

Ausübung seiner Grundrechte. Von dem einen Grundrecht kann also nur um den Preis der Beeinträchtigung eines anderen Grundrechts Gebrauch gemacht werden.<sup>1041</sup> Der Staat legt dann auf der Seite des Störers Grenzen der Grundrechtsausübung fest und verpflichtet den Gestörten zur Duldung der diese Grenzen beachtenden Grundrechtsausübung des Störers. Insbesondere *Ralf Poscher* will nun nicht nur das Verhältnis zwischen Störer und Staat, sondern auch das zwischen Gestörtem und Staat abwehrrechtlich konstruieren und legt den Fokus auf die staatliche Verteilung von Handlungsspielräumen. Sowohl die Einschränkung der Grundrechtsausübung auf der Seite des Störers durch eine staatliche Regelung als auch die damit verbundene Duldungspflicht beim Gestörten seien als Eingriffe in Abwehrrechte zu qualifizieren.<sup>1042</sup> Demgegenüber bevorzugt die h.M. eine Kombinationslösung aus Eingriffsabwehr und Schutzgewährung und betrachtet die Beziehung zwischen Staat und gestörtem Grundrechtsberechtigten nicht abwehrrechtlich, sondern als eine Frage grundrechtlicher Schutzpflichten. Der Staat erfülle mit dem Eingriff beim Störer seine Schutzpflicht gegenüber dem Gestörten.<sup>1043</sup> Beide Ansätze liefern Möglichkeiten zur Begründung einer mittelbaren Drittwirkung prozeduralen Grundrechtsschutzes bei § 34 StGB.

Zunächst zur Ansicht *Poschers*: Mit der Rechtfertigung nach § 34 StGB wird dem Täter sein Handeln erlaubt und das Eingriffsoffer zur Duldung desselben verpflichtet. Damit lässt sich die Notstandsrechtfertigung, d. h. die staatliche Entscheidung, die Handlung zu erlauben und das Opfer zur Duldung zu verpflichten, als Grundrechtseingriff zulasten des Opfers einordnen.<sup>1044</sup> Dieser *staatliche* Eingriff beim Opfer durch die Rechtfertigung des Notstandstäters<sup>1045</sup> ist wie jede andere staatliche

<sup>1041</sup> *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35.

<sup>1042</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 87 ff., 167 ff., 183 ff., 198 ff., 203 ff., 210 ff., 215 ff., 285 ff., 301 ff., 318 ff., 344 ff. und 387 ff.; ähnlich *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 88 ff.

<sup>1043</sup> *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35 (55); *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (225–229); *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 69 Rn. 27 ff. und 88; *Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen*, Art. 1 Abs. 3, Rn. 73; *Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (437); *Honer*, DÖV 2023, 411 (418 ff.); *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, § 48 Rn. 57; *Neuner*, NJW 2020, 1851 (1852); *Papier*, in: HGR II, § 55 Rn. 10.; vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 417 ff., jedoch mit einer komplexeren Konstruktion der Drittwirkungsfälle ebd., S. 484 ff.

<sup>1044</sup> Zu den Notrechten *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 209 und 395 f.; *Schwabe*, NJW 1974, 670 (671 ff.); *ders.*, RW 2011, 218 (220 ff.); allgemein zur Duldungspflicht als Eingriff *Poscher*, a. a. O., S. 167 ff.; vgl. auch *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 69 Rn. 25 f.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 89–99. Die Duldungspflicht als Grundrechtseingriff unterscheidet sich von den Straftatbeständen, deren Verwirklichung durch *das Eingriffsoffer* infolge der Rechtfertigung des Täters rechtswidrig ist, vgl. *Poscher*, a. a. O., S. 169 ff.

<sup>1045</sup> Die Einsicht, dass es der Staat ist, der durch die mit der Notstandsrechtfertigung verbundene Duldungspflicht in die Grundrechte des Eingriffsoffers eingreift, und nicht der Notstandstäter selbst (dieser greift im strafrechtlichen Sprachgebrauch, der hier übernommen wird, in die Rechtsgüter des Opfers ein, beeinträchtigt also ein rechtlich geschütztes Interesse (präzise zum Sprachgebrauch *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 94 f.)), entkräftet den Einwand gegen diese Konstruktion, dem Staat könne das private Verhalten nicht allein aufgrund der Duldungspflicht zugerechnet werden (so *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 417 ff.; *Canaris*, AcP

Tätigkeit an die Grundrechte gebunden. Ob der Gesetzgeber eine Ermächtigungsgrundlage zur polizeilichen Ingewahrsamnahme (etwa § 33 PolG BW) erlässt, die Polizeibehörden hiervon Gebrauch machen und dabei beide Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 104 Abs. 2 GG unterworfen sind, oder der Staat Privaten nach § 34 StGB (tatsächlich) freiheitsbeschränkende Maßnahmen erlaubt, macht aus Sicht der Grundrechte des jeweils zur Duldung verpflichteten Eingriffsopfers keinen Unterschied.<sup>1046</sup> Daraus folgt eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte innerhalb des § 34 StGB. Diese erstreckt sich auch auf den prozeduralen Grundrechtsschutz. Verfahrensgrundrechte verlangen auch bei der staatlichen Verhängung einer Duldungspflicht Beachtung. Dass dies auch für verfahrensrechtliche Absicherungen materieller Grundrechte gilt, ergibt sich aus der Erkenntnis, dass das Verfahren die Intensität eines Eingriffs abmildert, d. h. der Eingriff ohne grundrechtsschützende Verfahrensregeln u. U. verfassungswidrig wäre.<sup>1047</sup> Im Ergebnis folgt aus der strafrechtlichen Drittwirkung der Notstandsrechtfertigung zum Nachteil des Eingriffsopfers eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte „zum Nachteil“ des Notstandstäters.

Dasselbe Ergebnis lässt sich auch mit der h. M., die das Verhältnis zwischen „Gestörtem“ und Staat mithilfe grundrechtlicher Schutzpflichten konstruiert, erzielen.<sup>1048</sup> Auch hier ist es der Staat, der Schutzpflicht und Abwehrrecht zum Ausgleich bringt und dabei an die Grundrechte gebunden ist.<sup>1049</sup> Bedenkt man, dass eine grundrechtliche Schutzpflicht auch durch Erlass und Einhaltung bestimmter Verfahrensregelungen erfüllt werden kann<sup>1050</sup> und innerhalb dieses Verfahrens dann ein Ausgleich zwischen grundrechtlich geschützten Interessen herbeigeführt wird,<sup>1051</sup> ist der Schritt zu einer mittelbaren Drittwirkung prozeduralen Grundrechtsschutzes bei § 34 StGB nicht mehr weit.<sup>1052</sup> Im Mühlheim-Kärlich-Beschluss wurde deutlich, dass eine atomrechtliche Genehmigung die Grundrechte verletzt, wenn gegen Verfahrensregeln, die der Staat in Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten erlassen

---

184 (1984), 201 (230); *Honer*, DÖV 2023, 411 (412 f.); für das Strafrecht *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 181; *Seelmann*, ZStW 89 (1977), 37 (57)). Eine Zurechnung, wie sie der Kritik vorschwebt, wird von diesem Ansatz nicht vertreten, siehe *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 172 ff.; vgl. auch *Cornils*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 69 Rn. 26; *Schwabe*, RW 2011, 218 (221 ff.).

<sup>1046</sup> *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 95; *Schwabe*, NJW 1974, 670 (671 f.); für den Notstand auch *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 218.

<sup>1047</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 392–395.

<sup>1048</sup> Vgl. zu privaten Sicherheitskräften *Jeand’Heur*, AöR 119 (1994), 107 (121 ff.); zur Notwehr *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 265 f.; kritisch dazu *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 350 ff.; zur Triage und Pflichtenkollision *Lindner*, MedR 2020, 723 (727); zum grundrechtlichen Vorverfahren *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35 (56 f.).

<sup>1049</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 420.

<sup>1050</sup> BVerfGE 53, 30 (57 ff.).

<sup>1051</sup> Vgl. nur *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35 (55 ff.); *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (87); *Hesse*, EuGRZ 1978, 427 (436).

<sup>1052</sup> Siehe auch *Michael*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 32 ff. mit Analyse der Rechtsprechung des BVerfG.

hat, verstoßen wird.<sup>1053</sup> Wenngleich in dem Fall bereits galt, was hier erst zu begründen ist (die Abhängigkeit der Erlaubnis zum „störenden“ Verhalten von der Einhaltung bestimmter Verfahrensregeln), lässt sich dieser Gedanke auch im Zusammenhang mit § 34 StGB verwenden.<sup>1054</sup> Erlässt der Staat zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten Verfahrensregeln, darf er nicht gleichzeitig privates Vorgehen, welches diese Verfahrensregeln nicht beachtet, erlauben.<sup>1055</sup> Andernfalls würden grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten des Eingriffsoffers verletzt (bzw. unzureichend erfüllt).<sup>1056</sup> Der Staat, der durch die Verfassung zu Erlass und Beachtung grundrechtsschützender Verfahrensregeln verpflichtet ist (und zu dem Zweck auf der Seite des „Störers“ in Grundrechte eingreift), ist also zugleich daran gehindert, die verfahrensfreie Tat eines Privaten für rechtmäßig zu erklären (und den Eingriff beim „Störer“ wieder zurück zu nehmen).<sup>1057</sup>

Während im Anschluss an *Poscher* also die Notstandsrechtfertigung infolge der Duldungspflicht des Eingriffsoffers einen staatlichen Eingriff in dessen Grundrechte als Abwehrrechte darstellt, lässt sich die Notstandsrechtfertigung mit der h. M. auch als Verletzung einer grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Eingriffsoffer verstehen. Jeweils kommt man zum gleichen Ergebnis: Zwar ist der Notstandstäter nicht unmittelbar an die Grundrechte des Eingriffsoffers gebunden und verletzt diese nicht durch seine Tat, d. h. der private Notstandseingriff ist kein Grundrechtseingriff. Die Grundrechte des Eingriffsoffers entfalten jedoch über den die Tat rechtfertigenden Staat *mittelbar* auch für den Notstandstäter Wirkung. Diese erstreckt sich auch auf den Grundrechtsschutz durch Verfahren.<sup>1058</sup>

<sup>1053</sup> BVerfGE 53, 30 (65 f.).

<sup>1054</sup> Rechtfertigend wirkende behördliche Genehmigungen werden im Strafrecht vielfach als Spezialfall des § 34 StGB angesehen (*Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 64), was diese Übertragung stützen könnte. Zwar handelt es sich bei § 7 AtomG, der in BVerfGE 53, 30 ff. zur Debatte stand, um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (*Kloepfer*, Umweltrecht, § 16 Rn. 106), welches strafrechtlich im Rahmen des § 327 Abs. 1 StGB nach h. M. tatbestandsausschließend und nicht rechtfertigend wirkt (*Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 466; allgemein zur Einteilung *Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 61), doch hat diese Einteilung keine Auswirkung auf die Grundrechtsrelevanz des Genehmigungsverfahrens (*Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 220) und schadet daher nicht.

<sup>1055</sup> Nichts anderes steht hinter der h. M., nach der die §§ 218 ff. StGB gegenüber § 34 StGB vorrangig sind (*MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 24; *Schönke/Schröder/Eser/Weißer*, § 218 Rn. 37; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 293; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 123; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 6; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 12; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 8), wenn man diesen Vorrang *grundrechtlich* rekonstruiert. Hinweis auf die Parallele auch bei *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 219 f.; zur Rekonstruktion des Schwangerschaftsabbruchs als grundrechtliches Dreiecksverhältnis *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 308; zur Bedeutung für den prozeduralen Grundrechtsschutz *Michael*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *StaatsR III*, § 70 Rn. 37; vgl. auch *Britz*, *Der Staat* 42 (2003), 35 (41 f.). Zu alledem noch unten E.IV.3.d), S. 467 ff.

<sup>1056</sup> Vgl. auch *Lindner*, *MedR* 2020, 723 (727).

<sup>1057</sup> Ähnlich im Ergebnis *Amelung/Schall*, *JuS* 1975, 565 (569 ff.); *Grebing*, *GA* 1979, 81 (101 f.).

<sup>1058</sup> Speziell zu den bislang nur am Rande erwähnten Verteilungsverfahren im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Drittwirkung *Poscher*, Grundrechtsschutz durch Verfahren, S. 104 f., 130 ff. und 309 ff.; hier greift das gegen eine unmittelbare Drittwirkung angeführte Argument, der Schutz des einen Grundrechtsberechtigten gehe andernfalls zum Nachteil des anderen (*Hesse*, *Eu-*

## cc) Keine Flucht in die Notstandsrechtfertigung

Ein weiterer und unabhängig von der grundrechtlichen Konstruktion der Dreiecksverhältnisse gültiger Gedanke stützt diese Überlegungen: Der Staat soll sich seiner eigenen Grundrechtsbindung nicht dadurch entziehen können, dass er Privaten Handlungen erlaubt, die ihm selbst verboten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt wären.<sup>1059</sup> Das gilt v. a. bzgl. des prozeduralen Grundrechtsschutzes: Verfahrensgrundrechte und grundrechtsschützende Verfahrensregeln liefen praktisch leer, wenn der Staat ihnen durch die Rechtfertigung privaten Vorgehens entgegen könnte.

Einige Fälle illustrieren dies. Man denke etwa an den Rauschgiftkriminalitäts-Fall,<sup>1060</sup> in dem private Kontaktpersonen der Strafverfolgungsbehörden in eine Wohnung eindringen, weil die Behörden mangels Anfangsverdachts noch nicht tätig werden durften (§ 102 StPO) und wegen Art. 13 Abs. 2 GG für eine staatliche Durchsuchung außerdem eine vorherige richterliche Anordnung nach § 105 Abs. 1 StPO erforderlich gewesen wäre. Rechtfertigte man die private Hausdurchsuchung, könnten sich Strafverfolgungsbehörden ihren grundrechtlichen Bindungen entziehen.<sup>1061</sup> Eine staatliche „Umgehung“ grundrechtlicher Gewährleistungen durch Unterlassen lässt sich beispielsweise in den Tierschützer-Fällen annehmen. Hier veranlasste die Untätigkeit des Staates die privaten Tierschützer zum Eingreifen. Eine solche staatliche Untätigkeit darf jedoch nicht zulasten des Landwirts und dessen Grundrechte gehen.<sup>1062</sup> Ähnlich begründete schließlich das BVerfG die mittelbare Drittwirkung des Art. 104 Abs. 2 GG im Zusammenhang mit der (damals noch) vormundschaftlichen Unterbringung psychisch Kranker.<sup>1063</sup> Dies steht hinter § 1906 Abs. 2 BGB und widerlegt die oben beschriebene Haltung des BGH im Familienpflege-Fall.<sup>1064</sup>

Die mittelbare Drittwirkung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren bei § 34 StGB vermeidet also eine „Flucht des Staates in die Notstandsrechtfertigung“. Freilich wird diese Umgehungs- bzw. Missbrauchsgefahr im hier entwickelten Ansatz v. a. durch die Ablehnung eines staatlichen Durchsetzungsvorrangs innerhalb des § 34 StGB verursacht.<sup>1065</sup> Erst infolge dieses Nebeneinanders von privater und staatlicher Durchsetzungskompetenz kann sich der Staat zurückziehen und dadurch privater und verfahrensfreier Durchsetzung das Feld überlassen. Dies spricht jedoch nicht gegen den hier vertretenen Ansatz. Bereits oben wurde angedeutet, dass es mit

GRZ 1978, 427 (437)), besonders deutlich. Zur vergleichbaren Drittwirkungsfrage bei der Triage Lindner, MedR 2020, 723 (725 ff.). Näher unten E.IV.3.c), S. 453 ff.

<sup>1059</sup> Vgl. auch Hoffmann-Riem, ZRP 1977, 277 (282 ff.); Lassahn, AöR 143 (2018), 471 (481 f.); Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (57 f.).

<sup>1060</sup> Hierzu oben B.II.3.c), S. 33 ff. und unten E.IV.3.a)aa), S. 434 ff.

<sup>1061</sup> Ebenso Amelung/Schall, JuS 1975, 565 (570 f.); Grebing, GA 1979, 81 (101 f.).

<sup>1062</sup> Vgl. auch schon oben D.II.4.c)cc)(4)(d), S. 286 f.

<sup>1063</sup> BVerfGE 10, 302 (327); kritisch hierzu Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 83 f.

<sup>1064</sup> Weiteres dazu unten E.IV.3.b)dd), S. 449 ff.

<sup>1065</sup> Oben D.II.4.e)bb), S. 297 f.

dem hier zugrunde liegenden Verständnis über das Verhältnis von Staat, Recht und Individuum überzeugender ist, den Handlungsspielraum des Notstandstäters nicht zur Erhaltung des Staates, sondern zum Schutz der Grundrechte des Eingriffsofers einzuschränken. Um auf den ersten Tierschützer-Fall zurückzukommen, macht es mit *Dietlein* also zwar „einen Unterschied, ob der zuständige Mitarbeiter der Behörde tagsüber am Tor des landwirtschaftlichen Betriebs klopft, um die Stallungen zu kontrollieren, oder ob maskierte Unbekannte nachts über den Hof schleichen“<sup>1066</sup> – aber nicht, weil es der Staat ist, der klopft, sondern, weil durch staatliches Klopfen die grundrechtlichen Verfahrenssicherungen zugunsten des Landwirts gewahrt werden (oder Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, falls nicht<sup>1067</sup>).<sup>1068</sup> Die mittelbare Drittwirkung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren tritt im hier entwickelten Ansatz also funktional an die Stelle des staatlichen Gewaltmonopols, hat jedoch eine andere Legitimationsgrundlage als Einschränkungen zugunsten des Staates. Aus Sicht eines potenziellen Notstandstäters ist sie der Preis für die private Durchsetzungskompetenz bei § 34 StGB.

#### e) Schlussfolgerungen

Was folgt daraus für das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren? Rechtsfolge einer mittelbaren Drittwirkung *materieller* Grundrechte im *Privatrecht* ist regelmäßig eine Abwägung: Bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, insbesondere der Generalklauseln, sind die sich gegenüber stehenden Grundrechte im Sinne praktischer Konkordanz zu einem schonenden Ausgleich zu bringen.<sup>1069</sup> Für Verfahrensrechte wie Art. 104 Abs. 2 GG oder die Anhörung des Betroffenen ist dieses Vorgehen jedoch ungeeignet: Ein Richter kann nicht je nach Gewicht der relevanten Grundrechte mehr oder weniger anrufen, der Betroffene nicht mehr oder weniger abgehört werden. Die Folgen der mittelbaren Drittwirkung prozeduralen Grundrechtsschutzes müssen also andere sein. Eine Alternative bietet das BVerfG in einer neueren Entscheidung an, in der ein privater Stadionbetreiber aufgrund der mittelbaren Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG selbst zur Durchführung bestimmter Verfahrensschritte, insbesondere einer Anhörung, verpflichtet wurde.<sup>1070</sup> Abgesehen von Zweifeln an der Übertragbarkeit dieser Entscheidung des BVerfG auf § 34 StGB<sup>1071</sup> und dem Problem, dass infolgedessen aus dem Dreiecksverhältnis zwischen

<sup>1066</sup> *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (195).

<sup>1067</sup> Auf Rechtsschutzmöglichkeiten weisen allgemein auch *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569f.) hin.

<sup>1068</sup> Anders insbesondere *Pelz*, NStZ 1995, 305 (309): Für das Eingriffsoffer mache es keinen Unterschied, wer den Eingriff durchführt. Der nicht-etatistischen Stoßrichtung dieses Gedankens ist zwar zuzustimmen, doch unterschlägt er die nur staatlich garantierte verfahrensmäßige Sicherung der Grundrechte.

<sup>1069</sup> BVerfGE 7, 198 (212).

<sup>1070</sup> BVerfGE 148, 267 (286f.).

<sup>1071</sup> Die Ergebnisse gelten nur für spezifische Konstellationen, vgl. BVerfGE 148, 267 (283 ff.); zur Übertragbarkeit der Entscheidung auf Triage-Situationen *Lindner*, MedR 2020, 723 (726).

Täter, Staat und Opfer eine rein bipolare Beziehung zwischen Täter und Opfer entstünde und dem Notstandstäter eine quasi-staatliche Stellung zukäme,<sup>1072</sup> ergäbe es jedoch schon praktisch keinen Sinn, den Notstandstäter im Vorfeld der Tat zur Anhörung des Eingriffsoffers,<sup>1073</sup> zur Einschaltung eines Richters<sup>1074</sup> oder zur schriftlichen Begründung seiner Tat<sup>1075</sup> zu verpflichten.<sup>1076</sup> So war es im Mühlheim-Kärlich-Beschluss auch nicht der private Betreiber des Kernkraftwerks, sondern die staatliche Genehmigungsbehörde, die das grundrechtsschützende Verfahren einhalten musste.<sup>1077</sup> Weil der prozedurale Grundrechtsschutz *unmittelbar* allein im Verhältnis zwischen Staat und Eingriffsoffer gilt, ist es auch allein der an die Grundrechte gebundene Staat, welcher Verfahrensgrundrechte beachten oder grundrechtsschützende Verfahrensregeln erlassen und anwenden muss. Der Notstandstäter dagegen ist infolge der mittelbaren Drittwirkung lediglich verpflichtet, dieses Verhältnis zwischen Staat und Eingriffsoffer und das dortige Verfahren zu respektieren. Das führt zu einem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren beim rechtfertigenden Notstand: Eine private Notstandshandlung ist unangemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, wenn der Eingriff staatlicherseits nur innerhalb eines Verfahrens, das dem Schutz der Grundrechte des Eingriffsoffers dient, erfolgen dürfte. Das entspricht obiger Herleitung der *mittelbaren* Drittwirkung bei § 34 StGB<sup>1078</sup> und entgeht den Schwierigkeiten der erwähnten Stadionverbots-Entscheidung des BVerfG.<sup>1079</sup>

Eine wichtige Ausnahme zu diesem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei § 34 StGB folgt aus der Rechtslage bei Betroffenenanhörung und Richtervorbehalt. Bei Gefahr im Verzug muss der prozedurale Grundrechtsschutz zugunsten der Erreichung des materiellen Ziels einer Maßnahme zurückstehen. Das lässt sich auf § 34 StGB übertragen. Der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren gilt mithin nicht, wenn durch das Festhalten am prozeduralen Grundrechtsschutz das materielle Ziel des Verfahrens nicht mehr erreicht werden könnte.

Staatliche Verfahren, die dem Schutz der Grundrechte des Eingriffsoffers dienen, haben also eine unmittelbar *materielle* Bedeutung. Bei der Umgehung eines solchen Verfahrens infolge einer Notstandsrechtfertigung Privater handelt es sich daher

<sup>1072</sup> So die Kritik an der Stadionverbots-Entscheidung bei *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (908).

<sup>1073</sup> Dann gelänge man ohnehin zumindest *in die Nähe* einer Einwilligungssituation und zum Problem des Verhältnisses zwischen Einwilligung und dem rechtfertigenden Notstand; hierzu bereits oben C. Fn. 626.

<sup>1074</sup> Siehe auch BGH NJW 1959, 1595 (1596).

<sup>1075</sup> BVerfGE 148, 267 (286).

<sup>1076</sup> Auch ein von dieser Stadionverbots-Entscheidung abstrahierter Gedanke privater Verfahrenspflichten zur Vermeidung einer Grundrechtskollision (hierzu *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35 ff.) führte hier nicht weiter, zeichnet sich der rechtfertigende Notstand doch dadurch aus, dass eine solche Kollision durch die Beteiligten mangels anderweitiger Abwendbarkeit der Gefahr gerade *nicht* vermeidbar war.

<sup>1077</sup> BVerfGE 53, 30 ff.

<sup>1078</sup> Insbesondere auch der Parallele zum Schwangerschaftsabbruch, vgl. oben D. Fn. 1055.

<sup>1079</sup> Vgl. nur *Michael*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), StaatsR III, § 70 Rn. 41 ff.; *Hellgardt*, JZ 2018, 901 ff.

nicht um bloß formellen Verwaltungsungehorsam,<sup>1080</sup> sondern die Rechtfertigung verletzt das jeweils einschlägige Grundrecht des Eingriffsofners.

#### 4. Zwischenergebnis zum Vorrang des Verfahrens

Die vorstehenden Überlegungen brachten zwei Kriterien zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren hervor, die die Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger, wie sie im ersten Teil dieses Kapitels ermittelt wurde, auf konkreterer Ebene verwirklichen. Erstens kommt staatlichen Verfahren gegenüber privatem Vorgehen ein umso stärkerer Vorrang zu, je ungewisser der Ausgang des Verfahrens im Vorfeld ist (Je-desto-Formel, oben 2.d)bb)(1)). Zweitens kommt einem staatlichen Verfahren auch dann Vorrang zu, wenn dieses den Schutz der Grundrechte des Eingriffsofners bezweckt (Vorrang grundrechtsschützender Verfahren). Eine Ausnahme hierzu gilt bei Gefahr im Verzug, d. h. dann, wenn die Einhaltung grundrechtsschützender Verfahrensregeln die Erreichung des materiellen Ziels des jeweiligen Verfahrens und der Notstandstat unmöglich machte (soeben 3.e)). Der in der Je-desto-Formel verwirklichte Vorrang staatlicher Entscheidungen und der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren ergänzen sich und vervollständigen das Dreieck aus Notstandstäter, Staat und Eingriffsofner. Beide Kriterien müssen gleichermaßen beachtet werden, wenn eine Notstandsrechtfertigung im Raum steht: Auch wenn ein staatliches Verfahren lediglich als Durchsetzungsverfahren zu qualifizieren ist und daher aus Sicht der Je-desto-Formel keinen Vorrang entfaltet, ist es vorrangig, wenn die verfahrensmäßige Durchsetzung durch den Staat zugleich dem Schutz der Grundrechte des Eingriffsofners dient. Und auch wenn ein Verfahren keine grundrechtsschützenden Verfahrensschritte vorsieht, ist es vorrangig, wenn es sich infolge der Offenheit seines Ergebnisses als Entscheidungsverfahren darstellt.

## IV. Ergebnisse

### 1. Zusammenfassung

Der Schritt von der Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands hin zu Überlegungen aus dem Bereich der Rechts-, Demokratie-, Staats- und Verfahrenstheorie und des Verfassungsrechts erwies sich als gewinnbringend. Was das Verhältnis zwischen Staat und Bürger angeht, ergab sich ein aus dem Fehlen allgemeingültiger Normen außerhalb des positiven Rechts, dem Faktum des Pluralismus und dem Demokratieprinzip folgender Vorrang staatlicher *Entscheidungen*.<sup>1081</sup> Hinsichtlich der *Durchsetzung* dieser Entscheidungen kann der Rechtsordnung insgesamt zwar

<sup>1080</sup> So aber insbesondere Pelz, NStZ 1995, 305 (306).

<sup>1081</sup> Oben D.II.3.d)cc), S. 248 f.

eine Vermutung für einen Vorrang staatlicher Tätigkeit entnommen werden.<sup>1082</sup> Innerhalb des § 34 StGB bleibt hiervon jedoch nichts übrig.<sup>1083</sup> Legt man über diesen nach Entscheidungs- und Durchsetzungsdimension abgestuften Vorrang staatlicher Tätigkeit den Verfahrensgedanken, führt dies zu einer vom Grad der Vorprogrammierung des jeweiligen Verfahrensergebnisses abhängigen stufenlosen Vorrangbeziehung zwischen staatlichen Verfahren und rechtfertigendem Notstand.<sup>1084</sup> Zusätzlich entfaltet ein staatliches Verfahren Vorrang gegenüber privatem Vorgehen auf Grundlage des § 34 StGB, wenn es grundrechtssichernde Wirkung hat und sofern keine Gefahr im Verzug vorliegt.<sup>1085</sup>

In allgemeiner Hinsicht wurde außerdem das dieser Arbeit zugrunde liegende Verständnis von Recht und Staat herausgearbeitet. Mangels rational beweisbarer überpositiver Grundsätze trifft der Staat originäre Entscheidungen zur Regelung des menschlichen Zusammenlebens, die in demokratischen Ordnungen als bestmögliche Verwirklichung von Freiheit und Gleichheit der Menschen legitimiert und verfassungsrechtlich insbesondere durch die Grundrechte begrenzt sind.<sup>1086</sup> Zudem ergab die Auseinandersetzung mit dem staatlichen Gewaltmonopol die Absage an eine starke und ursprünglich ungebundene Stellung des Staates, wie sie bewusst oder unbewusst auch hinter manchen Stellungnahmen zum rechtfertigenden Notstand steht.<sup>1087</sup> All dies führte dazu, dass Staat und Recht nur in Beziehung zueinander verstanden werden können, d.h. weder von vorstaatlichem Recht noch von einem vorrechtlichen Staat auszugehen ist. Dass sich dieses Grundverständnis auch auf scheinbar nicht unmittelbar das Verhältnis von Staat und Recht betreffenden Problemfeldern auswirkt, wurde schließlich im Zusammenhang mit dem Rechtsfrieden als Verfahrenszweck<sup>1088</sup> und der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>1089</sup> deutlich.<sup>1090</sup>

## 2. Zurück zum Legitimationsproblem

### a) Einleitung

Bevor im nächsten Kapitel die hier entwickelten Kriterien konkretisiert werden, soll der bisherige Verlauf der Untersuchung noch von einem anderen Blickwinkel aus zusammengefasst werden. Bereits im Zusammenhang mit dem Verfahrensgedanken (oben III.1.a)) und dem Grundrechtsschutz durch Verfahren (oben III.3.a)) wurde auf

<sup>1082</sup> Oben D.II.4.c)bb)(4), S. 273 ff.

<sup>1083</sup> Oben D.II.4.c)cc)(6), S. 291 f.

<sup>1084</sup> Oben D.III.2.d)bb)(1), S. 333 ff.

<sup>1085</sup> Oben D.III.3.e), S. 356 ff.

<sup>1086</sup> Oben D.II.3.d)bb), S. 245 ff.

<sup>1087</sup> Oben D.II.4.e)aa), S. 296 f.

<sup>1088</sup> Oben D.III.2.a)cc)(2), S. 312 ff.

<sup>1089</sup> Oben D.III.2.b)bb)(1), S. 316 ff.

<sup>1090</sup> Zusammengeführt oben D.III.2.d)cc), S. 338 ff.

eine Entwicklung im Rechtsdenken hingewiesen: Aus der Einsicht, dass ein liberales Denken in negativen Freiheiten und ohne die Einbeziehung der materiellen Bedingungen der Freiheitsverwirklichung unzureichend ist, folgte sowohl allgemein als auch in der Grundrechtstheorie eine Hinwendung zum Verfahrensgedanken, und die Anerkennung des rechtfertigenden Notstands lässt sich als Ergebnis einer ähnlichen Entwicklung verstehen. Was bislang dazu diente, die auf den ersten Blick womöglich ungewöhnliche Einbeziehung bestimmter Aspekte in eine Untersuchung zum rechtfertigenden Notstand verständlich zu machen, kann nun anhand der Rechts- und Gesellschaftstheorie *Jürgen Habermas'* zu einer Gesamtkonzeption zusammengeführt werden.

#### b) Prozeduralistisches Rechtsverständnis bei Habermas

Im Rahmen einer an der Stelle primär rechtshistorischen Beschreibung, die jedoch zugleich seine allgemeinen rechts- und gesellschaftstheoretischen Überlegungen zusammenfasst,<sup>1091</sup> zeichnet *Habermas* die Entwicklung verschiedener Rechtsparadigmen und einen Widerstreit zwischen einer liberalen und einer sozialen Auffassung nach und bietet mit einem prozeduralistischen Rechtsparadigma einen Ausweg aus diesem Konflikt an.<sup>1092</sup> Unter einem Rechtsparadigma versteht er die „Auffassungen einer Rechtsgemeinschaft hinsichtlich der Frage, wie das System der Rechte und die Prinzipien des Rechtsstaats im wahrgenommenen Kontext der jeweils gegebenen Gesellschaft verwirklicht werden können.“<sup>1093</sup> Es handle sich um „so etwas wie die implizite Gesellschaftstheorie des Rechtssystems“<sup>1094</sup> bzw. um das „Phänomen eines unvermeidlichen gesellschaftstheoretischen Hintergrundverständnisses“<sup>1095</sup> von Rechtsdogmatik und Rechtspraxis.

Historisch stünden sich die Paradigmen des bürgerlichen Formalrechts (liberales Modell) und des sozialstaatlich materialisierten Rechts (sozialstaatliches Modell) gegenüber.<sup>1096</sup> Das liberale Rechtsparadigma lege Wert auf negative Freiheiten des Einzelnen gegenüber dem Staat, das Prinzip *rechtlicher* Freiheit, eine Trennung von Staat und Gesellschaft und eine strikte Bindung von Justiz und Verwaltung an klare Konditionalprogramme des Gesetzgebers.<sup>1097</sup> Anders das sozialstaatliche Modell: Ihm zufolge reicht die Gewährleistung negativer und formaler Freiheit zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit und *faktischer* Freiheit nicht aus, sondern Freiheitsrechte müssen materialisiert und eine neue Kategorie von Leistungsrechten geschaffen werden, um die Erfüllung der faktischen Bedingungen für die Wahrnehmung der Freiheit zu

<sup>1091</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 10.

<sup>1092</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 468–537.

<sup>1093</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 238; ohne die Hervorhebung im Original.

<sup>1094</sup> Ebd.

<sup>1095</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 473 f.

<sup>1096</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 239, 299 ff., 469 f.

<sup>1097</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 299 f., 477 f.

gewährleisten.<sup>1098</sup> Damit würde u. a. das Prinzip eindeutiger Programmierung von Justiz und Verwaltung anhand konditionaler Gesetze durch zukunftsorientierte Zielvorgaben des Gesetzgebers und eine gelockerte Gesetzesbindung der anderen Gewalten ersetzt.<sup>1099</sup> Dieses sozialstaatliche Modell sei allerdings tendenziell paternalistisch, weil faktische Freiheit mit Mitteln erreicht werden soll, die zugleich freiheitsentziehend wirkten. Es komme daher in Konflikt mit dem Prinzip rechtlicher Freiheit nach liberalem Modell und mit liberalen Vorstellungen von Rechtsstaat und Gewaltenteilung.<sup>1100</sup> Der Ausweg aus diesem Konflikt bestehe aber nicht in einer Rückkehr zum liberalen Paradigma, sondern in einem dritten Modell: dem prozeduralistischen Rechtsverständnis.<sup>1101</sup> Dieses breche das sozialstaatliche Projekt nicht ab, sondern setze es auf höherer Reflexionsstufe fort.<sup>1102</sup>

Sowohl das liberale als auch das sozialstaatliche Modell beschränkten ihren Blick auf die Rolle des Privaten als *Adressaten* der Rechtsordnung und die Herstellung *privater* Autonomie, wohingegen die von der Idee der Selbstgesetzgebung geforderte Rolle als Staatsbürger mit *politischer* Autonomie, kraft derer sich die Subjekte zugleich als *Autoren* der Rechtsordnung ansehen können, nicht berücksichtigt werde.<sup>1103</sup> Politische Autonomie meint für *Habermas* die Rechte der Bürger auf chancengleiche Teilnahme an den demokratischen Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, die dazu führen, dass die Ergebnisse dieser Prozesse die Vermutung der Legitimität für sich haben.<sup>1104</sup> Laut *Habermas* sind private und politische Autonomie gleichursprünglich und können nicht unabhängig voneinander gedacht werden.<sup>1105</sup> Verbunden werden private und politische Freiheit durch legitimes Recht.<sup>1106</sup> Das wirkt sich auf die Rechtsparadigmen aus: Das liberale und das sozialstaatliche Paradigma bemühten sich, so *Habermas*, zu einseitig um die Herstellung entweder nur rechtlicher oder allein faktischer Freiheit. Nach dem prozeduralistischen Rechtsparadigma hingegen werde der Ausgleich zwischen faktischer und rechtlicher Freiheit dadurch erzielt, dass die Staatsbürger als Autoren des Rechts, dem sie zugleich als Adressaten unterworfen sind, selbst über das richtige Maß von rechtlicher und faktischer Freiheit entscheiden.<sup>1107</sup> Das demokratische Recht bringe also rechtliche und faktische Freiheit zum Ausgleich.

---

<sup>1098</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 484 ff.

<sup>1099</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 300 f.

<sup>1100</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 490 und 499 ff.

<sup>1101</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 239, 305 ff., 493 und 528.

<sup>1102</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 494.

<sup>1103</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 491 ff.; vgl. auch *ders.*, Die Einbeziehung des Anderen, S. 126 f.

<sup>1104</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 160 f.

<sup>1105</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 134 f. und 161 ff.

<sup>1106</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 499 f.

<sup>1107</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 499 f. und 513.

c) *Der Verlauf der Untersuchung aus Sicht des prozeduralistischen Rechtsparadigmas*

Damit lässt sich der Verlauf der Untersuchung nachzeichnen. Beim rechtfertigenden Notstand wird das Eingriffsoffer mit einer Duldungspflicht belastet, um die Gefahr für das Erhaltungsgut abzuwenden, obwohl es (im Fall des Aggressivnotstands) an der Entstehung dieser Gefahr unbeteiligt ist. Man schränkt also die negative, formale und rechtliche Freiheit des Eingriffsoffers zugunsten der materiellen und faktischen Freiheit des Notstandstäters (oder des Inhabers des Erhaltungsguts) ein.<sup>1108</sup> § 34 StGB steht damit im Spannungsfeld von Autonomie und Solidarität. Übertragen auf *Habermas'* Begrifflichkeit stellt die Diskussion um die philosophische Legitimation des § 34 StGB nichts anderes als einen Anwendungsfall des Konflikts zwischen dem liberalen und dem sozialstaatlichen Rechtsparadigma dar.<sup>1109</sup> Innerhalb der Legitimationsdiskussion sprach sich die vorliegende Arbeit dabei für das Solidaritätsmodell aus, weil das moderne Recht nicht bei der von *Kant* geprägten Gewährleistung rein negativer Autonomiebereiche stehen geblieben ist.<sup>1110</sup> Allerdings traten die Überlegungen sodann aus der philosophischen Diskussion über die Legitimation des Notrechts heraus. Die Betrachtung dieser Debatte aus der Außenperspektive ergab, dass § 34 StGB schlicht *demokratisch* legitimiert ist.<sup>1111</sup> Dieser Schritt von der Binnen- zur Außenperspektive lässt sich mit *Habermas* als Auflösung des Konflikts zwischen liberalem und sozialstaatlichem Modell auf der „höheren Reflexionsstufe“ des prozeduralistischen Rechtsparadigmas verstehen. Als Rechtsnorm ist § 34 StGB Ausdruck der politischen Autonomie der Staatsbürger in ihrer Rolle als Autoren der Rechtsordnung. Diese schränken ihre private Autonomie als Adressaten des Rechts entsprechend ein (aus Sicht des Eingriffsoffers) bzw. weiten sie aus (aus Sicht des Notstandstäters).<sup>1112</sup> Dies übersehen all jene, die sich entweder mit *Kant* allein auf die negative Freiheit des Individuums beziehen oder eine verschieden geartete Brückenfunktion des § 34 StGB zwischen Recht und Gerechtigkeit vertreten. Jeweils wird der intrinsische Wert des § 34 StGB als Rechtsnorm<sup>1113</sup> nicht berücksichtigt, der Blick auf die formelle oder materielle *private* Autonomie beschränkt und die *politische* Autonomie der Bürger außer Acht gelassen.

<sup>1108</sup> Oben C.II.1, S. 93 ff. m. N.

<sup>1109</sup> Zur Argumentation mit *Habermas* im Zusammenhang mit § 34 StGB auch *Kühl*, FS Hirsch, S. 259 (272–274); *Kühnbach*, Solidaritätspflichten Unbeteiligter, S. 67–73; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 317 ff.; jeweils bzgl. der Verrechtlichung des Solidaritätsprinzips.

<sup>1110</sup> Siehe oben C.II.2.f), S. 137 ff.

<sup>1111</sup> Siehe oben C.II.4, S. 156 f.

<sup>1112</sup> Ähnlich dem Wortlaut nach *Frisch*, GA 2016, 121 (132 f. mit Fn. 58): Praktische Konkordanz zwischen Freiheit und Sicherheit, der die Mitglieder einer Gesellschaft vernünftigerweise zustimmen würden. *Frisch* geht es jedoch letztlich um bloße Spekulation darüber, welcher Regelung vernünftigerweise zugestimmt würde, während vorliegend an *tatsächlich getroffene* Entscheidungen angeknüpft wird.

<sup>1113</sup> Allgemein *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 90 ff.

Der beschriebene Wechsel auf die höhere Reflexionsstufe demokratisch gesetzten Rechts führt dazu, dass § 34 StGB mit anderen, ebenso demokratisch legitimierten Entscheidungen in Einklang gebracht werden muss. Nichts anderes bezweckt der Vorrang staatlicher Verfahren. Hierzu wurden im vorliegenden Kapitel Theorie und Dogmatik des rechtfertigenden Notstands verlassen und das Verhältnis zwischen Staat und Bürger untersucht. Ein Ergebnis ist dabei die Je-desto-Formel mit dem Vorrang staatlicher Entscheidungen.<sup>1114</sup> Dieser Vorrang bindet den rechtfertigenden Notstand an andere demokratisch legitimierte Entscheidungen an. Im Zusammenspiel mit der Legitimationsdiskussion ergibt sich dann: § 34 StGB und die aus ihm resultierende Eingriffsbefugnis des Notstandstäters und Duldungspflicht des Eingriffsofers (das „Ob“) ist legitimiert als demokratische Entscheidung der Bürger, sich in Notfällen zu einem gewissen Maß an Solidarität zu verpflichten. Über das Merkmal des Vorrangs staatlicher Verfahren in Form der Je-desto-Formel und die damit verbundene Anbindung der Notstandshandlung an ebenfalls demokratisch legitimierte *andere* Entscheidungen ist auch die *Reichweite* der Eingriffsbefugnis und Duldungspflicht (das „Wie“) demokratisch legitimiert. Die Eingriffsbefugnis selbst und das Maß der mithilfe des § 34 StGB vom Täter beanspruchten Solidarität sind also mit dem Maß der vom Eingriffsoffer legitim beanspruchten Freiheit vereinbar, weil sich das Verhältnis zwischen Freiheit und Solidarität aus verschiedenen demokratisch legitimierten Entscheidungen als Ausdruck der politischen Autonomie (u. a.) der an der Notstandstat Beteiligten ergibt.<sup>1115</sup> Der negativen Freiheit des Eingriffsofers werden aufgrund der Notstandstat also nur die Beschränkungen auferlegt, denen es als Autor der Rechtsordnung in Ausübung seiner politischen Autonomie vernünftigerweise hätte zustimmen können. Mithin behebt die Bestimmung des Vorrangs staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand zugleich das Legitimationsproblem des § 34 StGB.

Zwar hat der Notstandstäter außerhalb des § 34 StGB keinen Anspruch gegen das Eingriffsoffer, der mithilfe des rechtfertigenden Notstands als eine Art Selbsthilfebefugnis nach dem Vorbild des § 229 BGB durchgesetzt werden könnte.<sup>1116</sup> Allerdings führt die Je-desto-Formel und der in ihr zum Ausdruck kommende Respekt vor anderen staatlichen Entscheidungen dazu, dass dem Eingriffsoffer im Ergebnis nur diejenigen Beschränkungen auferlegt werden, denen es rechtlich infolge der jeweils vorrangigen Entscheidung ohnehin bereits ausgesetzt ist oder wäre. Landwirte sind in der Art und Weise der Tierhaltung nicht frei, sondern an die Vorgaben des TierSchG gebunden. Beachten Tierschutzaktivisten diese Vorgaben innerhalb des § 34 StGB (welche Vorgaben genau zu beachten sind, wird sich noch ergeben), so ist verwirklichen sie damit nur demokratisch getroffene Entscheidungen, denen der Landwirt ohnehin unterworfen ist.<sup>1117</sup> Dabei geht es nicht nur um gesetzgeberische, son-

<sup>1114</sup> Oben D.II.3.d)cc), S. 248 ff.

<sup>1115</sup> Ähnlich zum Solidaritätsprinzip im Ausgangspunkt auch Meyer, GA 2004, 356 (365).

<sup>1116</sup> Oben D.II.4.b), S. 253 ff.

<sup>1117</sup> Zum Tierschützer-Fall oben B.II.3.a), S. 25 ff. und unten E.IV.3.a)bb), S. 436 ff.

dern z. B. auch um ebenso demokratisch legitimierte<sup>1118</sup> Entscheidungen der Verwaltung. Mithilfe des *polizeilichen* Notstands (z. B. § 9 PolG BW) und der entsprechend legitimierten Auswahlentscheidung der Behörde unter mehreren ggf. in Betracht kommenden Nichtstörern lässt sich dieser Gedanke auch für den Aggressivnotstand fruchtbar machen.<sup>1119</sup> Eigentümer von Berghütten sind zwar nicht zwingend abstrakt-generell verpflichtet, Bergsteigern, die sich vor plötzlich hereinbrechenden Unwettern in Sicherheit bringen wollen, Schutz zu bieten. Jedoch würde ein Eigentümer im konkreten Notstandsfall staatlicherseits als Nichtstörer in Anspruch genommen, wenn es keine andere Möglichkeit gäbe, das Leben des Bergsteigers zu retten.<sup>1120</sup> Das zeigt, dass der Vorrang staatlicher Verfahren in Form der Je-desto-Formel konzeptuell nicht davon abhängt, ob eine Aggressiv- oder Defensivsituation vorliegt.

#### d) Hegel und Pawlik

Dass bei *Habermas* der Konflikt zwischen liberalem und sozialstaatlichem Rechtsparadigma im prozeduralistischen Rechtsparadigma aufgehoben wird, erinnert – nicht zufällig – an *Hegel*.<sup>1121</sup> Bei *Hegel* kollidiert das abstrakte Recht im Sinne der formalen, negativen Freiheit mit der Moralität im Sinne der besonderen, materialen Bedürfnisse des Individuums, und die Kollision wird im Staat als Wirklichkeit der konkreten Freiheit aufgehoben.<sup>1122</sup> Wenngleich *Hegel* das Notrecht innerhalb der Moralität behandelt,<sup>1123</sup> tritt wie gesehen u. a. *Pawlik* dafür ein, dieses ebenfalls auf Ebene der Sittlichkeit, genauer: im Staat, zu verorten.<sup>1124</sup> Das ähnelt dem soeben zu *Haber-*

<sup>1118</sup> Oben D.II.3.c)dd(2), S. 241.

<sup>1119</sup> Freilich sei eingestanden, dass sich durch die Einbeziehung der Nichtstörerverantwortlichkeit im Polizeirecht (allgemein dazu *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 438 ff.) die Legitimationsfrage beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB auf den ersten Blick lediglich auf die ebenso problematische Legitimation des polizeilichen Notstands verlagert. Beide können aber parallel und in derselben Weise *demokratisch* legitimiert werden (zur Parallele mit Blick auf das Solidaritätsprinzip *Kühnbach*, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, S. 149 ff.). Für das „Ob“ der Eingriffsbefugnis und Duldungspflicht kommt es also nicht darauf an, ob auf § 34 StGB oder *auch* auf § 9 PolG BW abgestellt wird. Wichtig wird der *polizeiliche* Notstand für den Vorrang staatlicher Verfahren beim *rechtfertigenden* Notstand aber immer dann, wenn mehrere gleich geeignete und/oder gleich schwer beeinträchtigte Eingriffsoffer/Nichtstörer zur Verfügung stehen und eine Auswahlentscheidung getroffen werden muss. Staatlicherseits besteht dann ein *Auswahlmessen* (*Schoch/Kießling*, a. a. O., Rn. 479), und dieser durch die Legitimationskette ebenfalls demokratisch legitimierten behördlichen Entscheidung kommt eine höhere Legitimation zu als einer privaten im Rahmen des § 34 StGB. Nicht der polizeiliche Notstand allein behebt das Legitimationsproblem, sondern seine demokratisch legitimierte Existenz, die ebenso legitimierte Auswahlentscheidung der Behörde und ihr Vorrang bei § 34 StGB.

<sup>1120</sup> Zum Bergsteiger-Fall oben B.II.2.d)b), S. 23 und unten E.IV.3.c)ee), S. 465 ff.

<sup>1121</sup> Zum dialektischen Dreischritt bei *Habermas* auch *Höffe*, in: Koller/Hiebaum (Hrsg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, S. 37 ff.

<sup>1122</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 33.

<sup>1123</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127.

<sup>1124</sup> *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 105 ff.; vgl. auch *Meißner*, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34 StGB), S. 92 ff.; *Renzikowski*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, S. 13 (30).

mas Gesagten auf den ersten Blick. Allerdings endet bei *Pawlik* die Legitimation des rechtfertigenden Notstands mit der Behauptung, dass es sich beim Notrecht um die Aufhebung des Konflikts zwischen abstraktem Recht und Moralität *auf Ebene des Staates* handle. Eingriffsbefugnis und Duldungspflicht im Notstand werden also durch den Staat als Wirklichkeit der konkreten Freiheit und durch die Pflichten gegenüber diesem Staat legitimiert. Allgemein und über § 34 StGB hinaus müsse „die Gehorsamspflicht der Bürger an die Staatlichkeit des Staates anknüpfen, nicht erst an dessen demokratische Verfasstheit.“<sup>1125</sup> Damit wird der Staat zum legitimatorischen Schlussstein, während vorliegend Wert auf den demokratischen Prozess gelegt wird und die politisch autonomen Bürger die Grenzen ihrer privaten Freiheit selbst bestimmen.<sup>1126</sup> Dass damit der Schritt vom Konflikt zwischen Freiheit und Solidarität auf eine höhere Ebene – des Staates bei *Hegel* und des prozeduralistischen Rechtsverständnisses bei *Habermas* – verbunden ist, ist eine bloß methodische Parallele, die über den legitimatorischen Unterschied nicht hinwegtäuschen darf.

Es bleibt also dabei, dass es sich bei § 34 StGB um eine horizontale, intersubjektive Beziehung zwischen Notstandstäter und Eingriffsoffer handelt. Dass überhaupt Befugnisse und Duldungspflichten im Notstand bestehen, ist aber ebenso wie deren Reichweite das Ergebnis demokratischer Entscheidungen, die legitimatorisch gerade *auch* von den am Konflikt Beteiligten getroffen wurden. Mithilfe des Vorrangs staatlicher Verfahren im hier entwickelten Sinne wird der rechtfertigende Notstand in Grund und Umfang mithin nicht durch den Staat, sondern *demokratisch* legitimiert.

---

<sup>1125</sup> *Pawlik*, GA 2014, 369 (385).

<sup>1126</sup> Vgl. auch zur Legitimität rechtlicher Regeln allgemein *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 47 f.



## E. Reichweite des Vorrangs staatlicher Verfahren

### I. Einleitung

Mit der Je-desto-Formel, d. h. dem in Abhängigkeit von der Offenheit des Ausgangs eines Verfahrens zunehmenden Vorrang desselben innerhalb des rechtfertigenden Notstands, und dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren wurden im vorherigen Kapitel zwei Maßstäbe entwickelt, anhand derer sich das Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren bestimmen lässt, ohne dass entweder der Rechtfertigungsgrund ausgehöhlt oder die Rechts- und Verfahrensordnung unterlaufen wird. Diese Ergebnisse für die praktische Rechtsanwendung handhabbar zu machen und ihre Anwendung auf Beispiele zu demonstrieren, ist Aufgabe des vorliegenden Kapitels.

Dabei erleichtert es das Verständnis der folgenden Überlegungen, wenn zwischen der Frage nach dem Vorrang eines Verfahrens und der nach den Auswirkungen dieses Vorrangs auf § 34 StGB unterschieden wird. Außerdem ist zu bedenken, dass aufgrund des weiten Verfahrensbegriffs dieser Arbeit vom Vorrang eines Verfahrens sowohl das Verfahren im Sinne der einzelnen Verfahrensschritte als auch das Verfahrensergebnis umfasst ist. Diese zwei Bemerkungen vorausgeschickt, kann nun inhaltlich eingestiegen werden.

### II. Effektivität und Eingriffsintensität

Zunächst sei an die Erkenntnisse zur Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr erinnert.<sup>1</sup> Die Rechtfertigung einer tatbestandsmäßigen Handlung wegen Notstands ist mangels Erforderlichkeit ausgeschlossen, wenn das staatliche Vorgehen besser zur Abwehr geeignet ist oder bei gleicher Eignung weniger schwer (bzw. beim Einsatz allein staatlicher Mittel überhaupt nicht) in die Sphäre des Opfers eingreift. Ist die private Notstandshandlung im Vergleich zu staatlichen Verfahren allerdings effektiver oder weniger eingriffsintensiv, dann ist das Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr erfüllt. Das ist jedoch keine hinreichende Voraussetzung, um die Tat nach § 34 StGB zu rechtfertigen. Beim Verhältnis zwischen privater Notstandshandlung und staatlicher Gefahrenabwehr handelt es sich primär um eine *normative*

---

<sup>1</sup> Oben C.IV.2.b), S. 174ff. m. N.

Frage, deren Beantwortung innerhalb der Angemessenheit im Sinne des § 34 S. 2 StGB und nicht allein im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit erfolgt. Darauf beziehen sich die folgenden Überlegungen.

### III. Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel

#### 1. Einleitung

Das vorherige Kapitel ergab im Zusammenhang mit § 34 StGB einen Vorrang staatlicher Entscheidungen gegenüber privatem Vorgehen auf der einen und ein Nebeneinander von staatlicher und privater Durchsetzungskompetenz auf der anderen Seite.<sup>2</sup> Über diese Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger wurde dann der Verfahrensgedanke gelegt. Daraus folgte, dass ein staatliches Verfahren bei § 34 StGB einen umso stärkeren Vorrang entfaltet, je offener sein Ausgang ist, weil es sich dann umso mehr als Herstellung einer eigenen und damit vorrangigen Entscheidung und umso weniger als nicht-vorrangige Durchsetzung einer bereits feststehenden Entscheidung darstellt.<sup>3</sup> Diesen Maßstab wollen die folgenden Ausführungen konkretisieren (sogleich 2.) und auf Beispiele anwenden (unten 3.). Dabei ist die relative Offenheit eines Verfahrens nur *ein* Kriterium zur Bestimmung seines Verhältnisses zu § 34 StGB. Der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren ergänzt diese Je-desto-Formel (dazu unten IV.). Beide sind kumulativ zu berücksichtigen, wenn die Rechtfertigung nach § 34 StGB fraglich ist.

In Rechtsprechung und Literatur vertreten viele einen Vorrang „gesetzgeberischer Vorwegentscheidungen“ bei § 34 StGB.<sup>4</sup> Dieser Vorrang bezieht sich wie die Je-desto-Formel auf staatliche Entscheidungen, beschränkt den Blick jedoch erstens auf Entscheidungen des Gesetzgebers und lässt zweitens häufig die Möglichkeit rechts- und verfassungswidriger Entscheidungen außer Acht.<sup>5</sup> Demgegenüber wendet der im Folgenden entwickelte Ansatz den Grundgedanken dieses Vorrangs gesetzgeberischer Vorwegentscheidungen auf alle Stufen der Rechtsordnung an und ergänzt ihn um die Auswirkungen fehlerhafter Verfahren und ihrer Ergebnisse. Dadurch vereinen sich Argumente zum Vorrang gesetzgeberischer Vorwegentscheidungen mit solchen zur „Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren“<sup>6</sup> im engeren Sinne, und eine einheitliche Lösung des Problems wird ermöglicht.

<sup>2</sup> Oben D.II.3.d)cc), S. 248 f. und D.II.4.e)bb), S. 297 f.

<sup>3</sup> Oben D.III.2.d)bb), S. 333 ff.

<sup>4</sup> Begriff bei Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 35; daneben insbesondere MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 252; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 182 ff.; KKOWiG/Rengier, § 16 Rn. 42; ders., AT, § 19 Rn. 56; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 51 ff.; LK/Zieschang, § 34 Rn. 127 und 160 f.; dargestellt oben B.III.3, S. 59 ff.

<sup>5</sup> Siehe aber *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (77).

<sup>6</sup> Begriff bei MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 254; dargestellt oben B.III.4, S. 71 ff. m. w. N.

## 2. Allgemeine Überlegungen

### a) Fehlerfreie Verfahren und Verfahrensergebnisse

Das Grundprinzip der Je-desto-Formel lässt sich anhand des rechtsstaatlichen Idealfalls beschreiben: Es wird zunächst davon ausgegangen, dass staatlicherseits keine Fehler unterlaufen, der Staat also genau dann tätig wird, wenn er tätig werden darf und soll, und er dabei die jeweils maßgeblichen rechtlichen Vorgaben beachtet. Die Auswirkungen rechts- oder verfassungswidriger staatlicher Verfahren und ihrer Ergebnisse werden später untersucht (siehe b)). Bereits bei fehlerfreiem Verlauf bestehen zwei Herausforderungen: die Ermittlung des konkret vorrangigen staatlichen Verfahrens (sogleich aa)) und die Frage, wie sich ein solcher Vorrang auf § 34 StGB auswirkt (unten bb)).

#### aa) Die Ermittlung des konkret vorrangigen Verfahrens

##### (1) Unzählige Möglichkeiten

In jedem Notstandsfall ist eine Vielzahl staatlicher Verfahren, denen möglicherweise Vorrang zukommt, denkbar. Wenn sich beispielsweise ein Schmerzpatient zur Linderung seiner Schmerzen auf eigene Faust Betäubungsmittel verschafft, ist fraglich, ob die Ergebnisse des demokratischen Verfahrens, d. h. die Normen des BtMG, das von der zuständigen Behörde betriebene Genehmigungsverfahren aufgrund des § 3 Abs. 2 BtMG oder das gerichtliche Verfahren zur Verpflichtung der Behörde (oder des Gesetzgebers) zum Erlass einer Genehmigung (oder einer Gesetzesänderung) gegenüber dem „freihändigen“ Anbau oder Erwerb der begehrten Betäubungsmittel durch den Patienten vorrangig ist.<sup>7</sup> Auch sonst sind der Phantasie keine Grenzen gesetzt. So tragen vielleicht auch (andere) Arzneimittel zur Schmerzlinderung bei, sodass auch das Arzneimittelrecht möglicherweise vorrangige Verfahren beinhalten könnte.<sup>8</sup> Der Ermittlung des vorrangigen Verfahrens kommt daher eine wichtige Bedeutung für das hier ausgearbeitete Konzept zu.

##### (2) Die bestmögliche Annäherung an den Notstandskonflikt

Was den sachlichen Gegenstand eines staatlichen Verfahrens angeht, ist Ziel bei der Ermittlung des konkret vorrangigen Verfahrens die bestmögliche Annäherung an den konkreten Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut. Die Je-desto-Formel resultiert aus der Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Bürger bei der Auflösung möglicher oder akuter Interessenskonflikte.<sup>9</sup> Im Idealfall bezieht sich ein

<sup>7</sup> Zum Fall oben B.II.4.a), S. 37 ff. und unten E.III.3.b), S. 410 ff.

<sup>8</sup> Zum arzneimittelrechtlichen Hintergrund von Vertrieb und Abgabe von Arzneimitteln siehe *Fuerst*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht II*, § 55 Rn. 54.

<sup>9</sup> Zum Recht als Vermittlung zwischen möglicherweise gegenläufigen, konfligierenden Belangen siehe nochmals *v. der Pfordten*, JZ 2008, 641 (648 ff.).

möglicherweise vorrangiges staatliches Verfahren unmittelbar auf den konkreten Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut im Notstand und will ebenso wie die Notstandshandlung einen Ausgleich zwischen den Interessen auf Erhaltungs- und Eingriffsseite schaffen.<sup>10</sup> Im bereits genannten BtM-Fall sind damit all jene Verfahren möglicherweise vorrangig innerhalb des § 34 StGB, die ebenso wie die Notstandshandlung einen Ausgleich zwischen einerseits der Gesundheit des Täters und dessen Interesse am Anbau und Erwerb der Betäubungsmittel und andererseits der Volksgesundheit schaffen wollen.<sup>11</sup>

Beschränkte sich die Ermittlung des möglicherweise vorrangigen Verfahrens auf diese Situationen, gelangte man jedoch nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen. Auch wenn z. B. der Prozess vor den Strafgerichten und das Wiederaufnahmeverfahren nach den §§ 359 ff. StPO im Fall des zu Unrecht Verurteilten, der gewaltsam aus dem Gefängnis ausbricht, d. h. Wachpersonal verletzt, die Gefängnistür aufsprengt o. ä.,<sup>12</sup> nicht unmittelbar das Freiheitsinteresse des Inhaftierten mit dem Interesse des Wachmanns an körperlicher Unversehrtheit oder dem der öffentlichen Hand, ihr Eigentum am Gefängnis unbeschädigt zu erhalten, zum Ausgleich bringt, liegt es nahe, im Zusammenhang mit einer möglichen Notstandsrechtfertigung des Inhaftierten einen Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens zu diskutieren. Dass ein staatliches Verfahren sachlich exakt den konkreten Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut betrifft, ist daher zwar hinreichende, aber nicht notwendige Voraussetzung für einen möglichen Vorrang desselben. Es handelt sich um einen Idealzustand, der manchmal nur näherungsweise zu erreichen ist: Aus der Vielzahl staatlicher Verfahren ist dasjenige auszuwählen und in Beziehung zum rechtfertigenden Notstand zu setzen, dessen sachlicher Gegenstand dem Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut im Notstandsfall *am nächsten kommt*. Das ermöglicht die flexible Erfassung der vielgestaltigen Sachverhalte im Rahmen des § 34 StGB.<sup>13</sup>

### (3) Der unvermeidbare Vorrang eines staatlichen Verfahrens

Auch nachdem mithilfe dieses „Prinzips der bestmöglichen Annäherung an den Notstandskonflikt“ sachlich nicht relevante Verfahren ausgesondert wurden, kommen noch mehrere Verfahren als möglicherweise vorrangig in Betracht. Im erwähnten BtM-Fall betreffen z. B. sowohl das demokratische Verfahren und sein Ergebnis, d. h. die Normen des BtMG, als auch das behördliche Erlaubnisverfahren (§ 3 BtMG) den Konflikt zwischen der Gesundheit des Täters bzw. seinem Interesse am Drogenkonsum und der Volksgesundheit. Bevor Kriterien zur Bestimmung des konkret vorrangigen Verfahrens angegeben werden (sogleich (4)), ist die Einsicht wichtig, dass

<sup>10</sup> Die Fälle scheinen dem Wortlaut nach etwa *Jakobs* vorzuschweben, wenn er jede private Konfliktlösung für unangemessen hält, wenn „die Lösung des Konflikts (die Beseitigung der Gefahr) auf ein bestimmtes Verfahren kanalisiert“ ist, siehe *Jakobs*, AT, 13/36.

<sup>11</sup> Näher dazu unten E.III.3.b), S. 410 ff. m. N.

<sup>12</sup> Zum Fall oben B.III.4.b)cc(3), S. 86 ff. und unten E.III.3.d)cc), S. 422 ff. m. N.

<sup>13</sup> Fortsetzung unten E.III.2.a)bb)(2)(b), S. 377 ff.

aufgrund der Je-desto-Formel jedenfalls *eines* der sachlich in Betracht kommenden Verfahren *immer* vorrangig ist.

Maßgeblich für den Vorrang eines Verfahrens nach der Je-desto-Formel ist die Offenheit seines Ausgangs. Ist das Verfahrensergebnis im Vorfeld vergleichsweise offen, stellt sich das Verfahren als Herstellung einer eigenen Entscheidung und nicht lediglich als Durchsetzung fremder Entscheidungen dar und ist daher bei § 34 StGB vorrangig. Dass ein staatliches Verfahren umgekehrt nur eine bereits feststehende Entscheidung durchsetzt und daher keinen Vorrang entfaltet, setzt notwendigerweise eine das Verfahrensergebnis determinierende „fremde“ Entscheidung voraus. Diese andere Entscheidung ist jedoch ebenfalls das Ergebnis eines staatlichen Verfahrens.<sup>14</sup> Dass ein Verfahren aufgrund seiner Durchsetzungsqualität *nicht* vorrangig ist, liegt also daran, dass diesem Verfahren ein anderes Verfahren auf höherer Ebene vorgeschaltet ist, welches das Ergebnis des „unteren“ Verfahren mit seinem eigenen Ergebnis vorprogrammiert. Käme man also beispielsweise zum Schluss, dass es sich beim betäubungsmittelrechtlichen Erlaubnisverfahren nach § 3 BtMG nur um ein Durchsetzungsverfahren handelt, das keine eigene Entscheidung herstellt und daher im Zusammenhang mit § 34 StGB nicht vorrangig ist,<sup>15</sup> läge dies daran, dass das BtMG als Ergebnis des demokratischen Verfahrens das Ergebnis des Erlaubnisverfahrens bereits in hinreichendem Maße vorprogrammiert hat. Dieses höherrangige Verfahren, dessen Ergebnis im Verfahren auf niederer Stufe durchgesetzt wird, ist dabei – beschränkt man den Blick für den Moment auf zwei Stufen – zwingend ein Entscheidungsverfahren. Entscheidungsverfahren entfalten bei § 34 StGB aber Vorrang. Der Umstand, dass ein konkretes Verfahren sich lediglich als Durchsetzung einer fremden Entscheidung darstellt und daher nicht vorrangig ist, folgt also daraus, dass diese Entscheidung im Verfahren auf der höheren Stufe gefällt wurde, welchem wiederum infolge seiner Entscheidungsqualität Vorrang zukommt. Die Je-desto-Formel führt somit dazu, dass irgendein staatliches Verfahren innerhalb des § 34 StGB immer vorrangig ist. Hierin setzt sich der Umstand, dass jede Notstandstat in Konflikt mit irgendeinem staatlichen Verfahren gerät,<sup>16</sup> auf höherer Reflexionsstufe fort.

Der Gedanke erhält schärfere Konturen, wenn man die Je-desto-Formel mit dem Stufenbau der Rechtsordnung bzw. den verschiedenen Schritten im Rechtsverwirklichungsprozess konfrontiert. Die Vorstellung vom Stufenbau der Rechtsordnung wurde insbesondere von *Kelsen* ausgearbeitet<sup>17</sup> und gehört heute zum methodischen Allgemeingut.<sup>18</sup> Sie bezweckt die Definition einer „Rangfolge der verschiedenen Rechtsquellen und der daraus sprudelnden Arten von Rechtsvorschriften.“<sup>19</sup> Für das

<sup>14</sup> Das ist Folge des hier zugrunde liegenden Rechts- und Demokratieverständnisses, siehe insbesondere oben D.III.2.d)bb)(3), S. 336 f.

<sup>15</sup> Was *nicht* der Fall ist, siehe unten E.III.3.b), S. 410 ff.

<sup>16</sup> Siehe nochmals *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319.

<sup>17</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), S. 228 ff.

<sup>18</sup> Siehe nur *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 6 Rn. 270 ff. m. w. N.

<sup>19</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 6 Rn. 273.

hiesige Vorhaben reicht folgende Rangordnung aus:<sup>20</sup> (Bundes-)Verfassungsrecht, Bundesgesetze (samt völkerrechtlichen Verträgen), Rechtsverordnungen und Satzungen des Bundes, Landesverfassungen, Landesgesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen der Länder. Das erfasst zunächst nur Rechtsquellen im Sinne abstrakt-genereller Rechtssätze, die in einem weiteren Schritt z. B. von der Verwaltung anzuwenden sind.<sup>21</sup> Verbindet man jedoch Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu einem fortlaufenden Prozess der Rechtsverwirklichung,<sup>22</sup> reihen sich Einzelakte der Exekutive und Judikative als weitere Stufe in die beschriebene Rangfolge ein.<sup>23</sup> Daran schließt sich die Vollstreckung einer solchen Einzelfallentscheidung an.<sup>24</sup> Diese Rangfolge ergibt sich daraus, dass der jeweils höhere Rechtsakt formelle und/oder materielle Vorgaben für den Erlass des jeweils niedrigeren Rechtsakts macht.<sup>25</sup> Jeder dieser Rechtsakte ist dabei Ergebnis eines staatlichen Verfahrens, dessen Verhältnis zu § 34 StGB fraglich sein kann. Damit lässt sich die Je-desto-Formel auf den gesamten Prozess der Rechtsverwirklichung anwenden. Ein Verfahren, das nur eine fremde Entscheidung durchsetzt, entfaltet keinen Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Die Durchsetzungsqualität dieses Verfahrens folgt aus verhältnismäßig genauen formellen und materiellen Vorgaben der übergeordneten Stufe, d. h. der jeweils *angewendeten* Norm als Ergebnis eines höherrangigen Verfahrens. Wird dieses höherrangige Verfahren jedoch nicht selbst ebenfalls durch vergleichsweise enge Vorgaben aus dem anzuwendenden Recht determiniert, handelt es sich hierbei um ein Entscheidungsverfahren, das innerhalb des § 34 StGB vorrangig ist.

Mithin ist die Prüfung des § 34 StGB mit der Verneinung des Vorrangs eines bestimmten Verfahrens aufgrund seiner Qualität als Durchsetzungsverfahren noch nicht beendet, sondern sie schreitet auf der nächst-höheren Ebene des Rechtsverwirklichungsprozesses fort. Folglich ist es wichtig, sich immer zu vergegenwärtigen, welches konkrete staatliche Verfahren auf sein Verhältnis zu § 34 StGB untersucht wird. Es reicht nicht aus, von einem Vorrang (irgendwelcher) staatlicher Verfahren zu sprechen (außer man meint damit eine dogmatische Figur oder ein Merkmal des § 34 StGB), sondern das Verhältnis der privaten Notstandshandlung zu staatlichen Verfahren muss für jedes sachlich in Betracht kommende Verfahren gesondert geklärt werden. Dabei empfiehlt es sich, die Prüfung auf der jeweils untersten Stufe der Rechtsverwirklichung zu beginnen, einen möglichen Vorrang des Verfahrens zur Vollstreckung eines Verwaltungsakts also z. B. vor einem Vorrang des demokrati-

<sup>20</sup> Ebd.; vgl. auch *Th. Möllers*, Methodenlehre, § 2 Rn. 41–48.

<sup>21</sup> Vgl. auch *Ruffert*, in: *GVwR I*, § 7 Rn. 24: Rechtsquellen des Verwaltungsrechts seien alle Rechtsnormen, die als Auftrag oder Bindung steuernd auf die Verwaltung einwirken oder von der Verwaltung selbst zur Steuerung von Sozialbereichen eingesetzt werden.

<sup>22</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 239 ff.; vgl. etwa auch *Waldhoff*, *Staat und Zwang*, S. 13; *ders.*, in: *GVwR II* § 44 Rn. 1.

<sup>23</sup> *Ruffert*, in: *GVwR I*, § 7 Rn. 63; allgemein auch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 236 ff. und 238 ff.

<sup>24</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 240.

<sup>25</sup> Vgl. auch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1960), S. 240.

schen Gesetzgebungsverfahren zu untersuchen. Irgendeines der auf diesem Weg untersuchten Verfahren ist dann immer vorrangig. Dass dem rechtfertigenden Notstand trotzdem noch ein Anwendungsbereich verbleibt, wird sich sogleich ergeben (siehe unten bb)).

#### (4) Kriterien zur Bestimmung des konkret vorrangigen Verfahrens

Nachdem mithilfe des Annäherungsprinzips geklärt ist, welche Verfahren sachlich für die Beurteilung einer Notstandshandlung relevant sind und deutlich wurde, dass irgendeines dieser sachlich relevanten Verfahren immer vorrangig ist, bleibt die Frage, welches konkrete Verfahren nun Vorrang entfaltet. Nach der Je-desto-Formel sind staatliche Verfahren vorrangig, wenn ihr Ausgang nicht bereits im Voraus feststeht, sondern sie eine eigene Entscheidung herstellen. Kriterien zur Ermittlung des konkret vorrangigen staatlichen Verfahrens ergeben sich aus den Gründen für eine solche Offenheit des Verfahrens: unklare Tatsachengrundlage, unbestimmte Rechtsgrundlage oder bewusst eingeräumte Spielräume auf Rechtsfolgenseite.

Legt beispielsweise ein Parlamentsgesetz mit hinreichend bestimmten Rechtsbegriffen und ohne ein Rechtsfolgengeressen vorzusehen relativ eindeutig fest, wie die zum Erlass eines Verwaltungsakts zuständige Behörde in einem in tatsächlicher Sicht hinlänglich übersichtlichen Einzelfall zu entscheiden hat, kommt diesem konkreten Verwaltungsverfahren aus Sicht der Je-desto-Formel im Verhältnis zu einer privaten Notstandshandlung kein Vorrang zu. Es handelt sich um ein Verfahren zur Durchsetzung einer bereits im Parlamentsgesetz, d. h. im demokratischen Verfahren, getroffenen Entscheidung. Dass auch bei dieser Durchsetzung nicht von einer einzig richtigen Entscheidung ausgegangen werden kann, wurde bereits deutlich.<sup>26</sup> Doch kann der behördliche Durchsetzungsakt zumindest insoweit *hinreichend* vorherbestimmt sein, dass keine *wesentlichen* Spielräume der Behörde mehr bestehen, die vom Notstandstätter zu respektieren wären. Mit der Verneinung des Vorrangs eines konkreten Verfahrens ist jedoch das letzte Wort über die Rechtfertigung der Tat noch nicht gesprochen, sondern die Prüfung setzt sich auf der nächst-höheren Ebene fort. Ob das demokratische Verfahren, welches zum Erlass des einschlägigen Gesetzes führte, im Verhältnis zur Notstandstat vorrangig ist, richtet sich erneut danach, ob und inwieweit der Ausgang des Verfahrens durch höherrangiges Recht – insbesondere durch die Verfassung – vorherbestimmt ist. Da sich die Verfassung im Regelfall einer konkreten, positiven und inhaltlichen Vorgabe an den Gesetzgeber enthält,<sup>27</sup> ist das demokratische Verfahren und sein Ergebnis im Verhältnis zum rechtfertigenden Notstand *in der Regel* vorrangig. Das vermeidet, dass gesetzgeberische Entscheidungen durch private Willkür unterlaufen werden.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Oben D.III.2.a)aa), S. 304 ff.

<sup>27</sup> Oben D.III.2.c), S. 329 ff.

<sup>28</sup> Das entspricht einem Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen, wie er auch in der Literatur

Auch umgekehrte Situationen sind möglich. Wird der Verwaltung gesetzlich ein *Ermessensspielraum* eingeräumt, dann ist das Ergebnis des behördlichen Verfahrens noch nicht vollumfänglich vorherbestimmt und das Verwaltungsverfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig. Das schützt den Ermessensspielraum der Verwaltung.<sup>29</sup> Anderes gilt, wenn sich der Ermessensspielraum der Verwaltung wieder verengt, indem z. B. verfassungsrechtliche Gründe dazu führen, dass trotz des grundsätzlichen Spielraums der Verwaltung im konkreten Einzelfall nur eine einzige Entscheidung verfassungsmäßig ist, sich also das Ermessen auf Null reduziert. Hier ist das Verwaltungsverfahren als bloßes Durchsetzungsverfahren nicht vorrangig gegenüber § 34 StGB,<sup>30</sup> sondern Vorrang entfaltet die Entscheidung der Verfassung. Auf dieselbe Art und Weise ist auch eine Durchsetzungsqualität des demokratischen Verfahrens konstruierbar, z. B. wenn sich aus der Verfassung ausnahmsweise konkrete inhaltliche Vorgaben an das Gesetzgebungsverfahren, wie beispielsweise Ansprüche des Einzelnen auf Erlass eines bestimmten Gesetzes, ergeben<sup>31</sup> und die Gesetzgebung diese grundgesetzliche Entscheidung nur noch durchsetzen muss. Dies ist jedoch selten der Fall.

In den erwähnten Konstellationen ergab sich die Offenheit des Verfahrens daraus, dass der jeweils zuständigen Stelle bei der Ausfüllung der Vorgaben aus höherrangigem Recht ein echter Entscheidungsspielraum „auf Rechtsfolgenseite“ zukam. Der Ausgang eines Verfahrens kann allerdings auch deshalb relativ offen sein, weil „der Tatbestand“ unbestimmt ist, etwa wenn eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage bewusst offene Tatbestandsmerkmale und unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Aber auch aufgrund einer allgemeinen Unbestimmtheit des Rechts kann der Ausgang eines staatlichen Verfahrens offen und dieses innerhalb des § 34 StGB vorrangig sein. Es wurde schon angedeutet, dass es dabei jedoch nicht auf die allgemeine Absage an die Vorstellung einer einzig richtigen Entscheidung<sup>32</sup> ankommen kann. Andernfalls käme jedem staatlichen Verfahren Vorrang zu und § 34 StGB würde bedeutungslos. Gewisse *Wertungen* zum erforderlichen Maß der Unbestimmtheit sind hierbei unvermeidbar. Häufig kann dabei aber an dogmatische Vorarbeiten in den einschlägigen Rechtsgebieten angeknüpft werden.<sup>33</sup>

---

vertreten wird, vgl. oben E. Fn. 4; siehe insbesondere auch Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 227.

<sup>29</sup> So z. B. auch Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 262.

<sup>30</sup> Insoweit ähnlich etwa Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (199); Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 128–129. Das ähnelt im verwaltungsakzessorischen Strafrecht im Umkehrschluss derjenigen Ansicht, die den Anspruch auf Genehmigungserteilung einer tatsächlich erteilten Genehmigung gleichstellt, weil der Behörde *kein* Entscheidungsspielraum mehr zukommt; so etwa NK/Ransiek, § 324 Rn. 28; Roxin/Greco, AT I, § 17 Rn. 66; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (197 f.); ders., NStZ 1984, 248 (252 f.); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 120; MüKoStGB/Schlehofer, Vor § 32 Rn. 245 ff.; MüKoStGB/Schmitz, Vor § 324 Rn. 95; vgl. auch Jakobs, FS Saito, S. 17 (31).

<sup>31</sup> Vgl. etwa Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135 zu Normerlasspflichten aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

<sup>32</sup> Dazu oben D.III.2.a)aa), S. 304 ff.

<sup>33</sup> Siehe z. B. unten E.IV.3.a)bb)(2) zur Unbestimmtheit des TierSchG.

Schließlich können *tatsächliche* Ursachen in Form von Unklarheiten über den relevanten Sachverhalt die Offenheit eines Verfahrens begründen.<sup>34</sup> Neben Gesetzgebung und Verwaltung ist in solchen Fällen v. a. an einen Vorrang des gerichtlichen Verfahrens zu denken. V. a. bzgl. tatsächlicher Unklarheiten hängt der Vorrang eines Verfahrens stark vom konkreten Einzelfall ab. Auch ein staatliches Verfahren, dessen Ausgang *typischerweise* hinreichend vorherbestimmt ist, kann *im Einzelfall* gegenüber § 34 StGB vorrangig sein, wenn die Sachlage im konkreten Fall ausnahmsweise so unübersichtlich ist, dass dem Verfahren eine wesentliche Bedeutung bei der Sachverhaltsermittlung zukommt. Bei genauem Hinsehen ähnelt diese Situation unter umgekehrten Vorzeichen einer Verengung eines abstrakt-generell bestehenden Entscheidungsspielraums, etwa bei einer Ermessensreduzierung auf Null.<sup>35</sup>

Die Liste möglicher Konstellationen ließe sich noch weiter fortführen, doch dürfte das zugrunde liegende Prinzip deutlich geworden sein. Letztlich wird auf diesem Weg, wie auch in der Literatur häufig zu lesen ist, die Entscheidungskompetenz der jeweils zuständigen Stelle, sei es der Gesetzgeber, eine Behörde oder ein Gericht, geschützt<sup>36</sup> – allerdings, und darin liegt die Stärke der Je-desto-Formel, nur wenn und soweit dieser Stelle auch eine Kompetenz zur eigenen Entscheidung (im Gegensatz zur Durchsetzung fremder Entscheidungen) zukommt.

#### *bb) Auswirkungen auf die Notstandsrechtfertigung*

##### *(1) Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz*

Die Je-desto-Formel führt dazu, dass staatliche Entscheidungsspielräume respektiert und nicht durch individuelle Willkür ersetzt werden. So verwirklicht sich der im vorigen Kapitel ermittelte Vorrang staatlicher Entscheidungen.<sup>37</sup> Kehrseite dieser ausschließlichen Entscheidungskompetenz des Staates ist innerhalb des § 34 StGB wie gesehen eine private Durchsetzungskompetenz.<sup>38</sup> Diese realisiert sich in den Rechtsfolgen eines mithilfe der Je-desto-Formel ermittelten Vorrangs eines staatlichen Verfahrens. Wegen des fehlenden staatlichen Durchsetzungsvorrangs schließt der Vorrang eines staatlichen Verfahrens, sofern er mit der Je-desto-Formel begründet wird, die Anwendung des § 34 StGB nicht von vornherein aus, sondern zeitigt allein *inhaltliche* Wirkungen auf die Notstandsrechtfertigung.<sup>39</sup> Zu differenzieren ist

<sup>34</sup> Dazu oben D.III.2.a)bb), S. 308 ff. und D.III.2.b)bb)(2), S. 320 ff.

<sup>35</sup> Zur Zusammenfassung der Spielräume aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen D.III.2.d)bb)(1), S. 333 ff.

<sup>36</sup> Siehe die Nachweise oben E. Fn. 28 und 29.

<sup>37</sup> Oben D.II.3.d)cc), S. 248 f.

<sup>38</sup> Oben D.II.4.e)bb), S. 297 f.

<sup>39</sup> Zwischen dieser inhaltlichen Wirkung der Je-desto-Formel und anderen Ansätzen in der Literatur sind Ähnlichkeiten erkennbar. Zu denken ist zunächst an den von Pawlik vertretenen GoA-Gedanken (Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225). Für bestimmte Konstellationen scheint auch Greco in eine ähnliche Richtung zu denken, wenn die Tat mit dem in den einschlägigen Rechtsvorschriften zum Ausdruck kommenden Willen des Staates übereinstimmen muss (Greco,

danach, ob ein vorrangiges Verfahren bereits durchgeführt wurde und mit einer Entscheidung endete (sogleich (2)), oder ob das Verfahren erst noch eingeleitet und durchgeführt werden muss (unten (3)). Am Vorrang des Verfahrens ändert diese Unterscheidung nichts – lediglich die Rechtsfolgen sind verschieden.

## (2) Entscheidungsvorrang und Notstandsbefugnis

### (a) Vorrang staatlicher Verfahren als inhaltliches Problem

Wurde ein vorrangiges Verfahren bereits durchgeführt, umfasst der Vorrang dieses Verfahrens auch das im Verfahren erzielte Ergebnis, d. h. die staatliche Entscheidung. Dass eine solche Entscheidung vorrangig ist, führt mangels staatlichen Durchsetzungsvorrangs im rechtfertigenden Notstand dazu, dass lediglich, aber immerhin, solche Notstandshandlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB sind, die diese vorrangige Entscheidung respektieren und sich als deren Durchsetzung darstellen. Eine Notstandshandlung, die mit einer vorrangigen staatlichen Entscheidung übereinstimmt, ist angemessen; eine Handlung, die mit ihr unvereinbar ist, nicht. Der staatliche Entscheidungsvorrang schließt eine Rechtfertigung nach § 34 StGB somit nicht insgesamt aus, sondern verengt nur den Kreis möglicherweise gerechtfertigter Notstandshandlungen auf solche, die mit der vorrangigen Entscheidung übereinstimmen. Anstatt vom Vorrang eines Verfahrens *gegenüber* § 34 StGB sollte daher im Zusammenhang mit der Je-desto-Formel vom Vorrang eines Verfahrens *innerhalb* des § 34 StGB gesprochen werden.

Dies ist nicht nur Folge des fehlenden staatlichen Durchsetzungsvorrangs, sondern verwirklicht auch die hinter dem Vorrang staatlicher Entscheidungen stehenden Erwägungen. Stimmt die Notstandshandlung mit einer vorrangigen staatlichen Entscheidung überein, schwingt sich der Notstandstäter mit der Tat nicht zum individuellen Gesetzgeber auf<sup>40</sup> oder nimmt für seine Ansicht über die „richtige“ Auflösung des Notstandskonflikts ein im Vergleich zum Eingriffsoffer und anderen Mitbürgern höheres Gewicht in Anspruch, sondern er hat aus demokratischer Sicht sogar die Ansicht der Mehrheit auf seiner Seite. Die inhaltliche Wirkung des Entscheidungsvorrangs reicht also aus, um den Gründen für einen Vorrang staatlicher Verfahren gerecht zu werden. Weitergehende Einschränkungen im Sinne einer *Sperrwirkung* staatlicher Verfahren sind in dem Zusammenhang nicht begründbar (zum Grundrechtsschutz durch Verfahren unten IV.).

---

ZStW 134 (2022), 1 (86)). Dasselbe gilt für die Aussagen *Meißners* zur Herleitung des Vorrangs „vorgenommener Entscheidungen“, wonach der Täter den Vorabregelungen „entsprechen“ müsse und an „Entscheidungsrichtlinien“ gebunden sei (Zitate bei *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 245). Aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entwickelt *Nourse*, *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2003), 1691 (1713) ähnliche Gedanken. Jeweils werden aber nicht dieselben Schlüsse wie hier gezogen.

<sup>40</sup> Zum Bild des individuellen Gesetzgebers oben D.II.2.c), S. 215 f. und D.II.3.d)cc), S. 248 f.

Deshalb handelt es sich beim Vorrang staatlicher Verfahren infolge der Je-desto-Formel um eine *inhaltliche* Frage des rechtfertigenden Notstands und nicht um ein Konkurrenz- oder Anwendungsproblem.<sup>41</sup> Diese inhaltliche Wirkung „immuniert“ staatliche Entscheidungen *umfassend* – und nicht nur bzgl. eines bestimmten Bereichs – gegen die Möglichkeit einer freihändigen Interessenmaximierung,<sup>42</sup> ohne damit § 34 StGB jeden Anwendungsbereich zu nehmen. Mit ihrer inhaltlichen Wirkung ist die Je-desto-Formel daher gegenüber Ansätzen, die im Primat der Institutionen eine Anwendungsfrage sehen, manche Entscheidungen von diesem Primat ausnehmen und dem Notstandstäter im verbleibenden Anwendungsbereich des § 34 StGB freie Hand lassen,<sup>43</sup> im Vorteil. Andererseits relativiert sie staatliche Entscheidungen nicht, wie dies jene, die im Vorrang staatlicher Verfahren eine inhaltliche Frage der Interessenabwägung nach § 34 S. 1 StGB sehen, tun.<sup>44</sup> Die Je-desto-Formel als Merkmal der Angemessenheitsklausel nach § 34 S. 2 StGB verwirklicht mithin die Vorteile beider Ansätze, ohne ihre Nachteile zu übernehmen.<sup>45</sup>

(b) Welche Entscheidung ist vorrangig?

Führt der Vorrang staatlicher Verfahren, wenn das Verfahren bereits durchlaufen wurde, innerhalb des § 34 StGB dazu, dass nur solche Handlungen gerechtfertigt werden können, die mit der verfahrensabschließenden Entscheidung übereinstimmen, so kommt der Frage, *welche* Entscheidung in diesem Sinne vorrangig ist, große Bedeutung zu. Die Antwort hierauf folgt aus den bereits beschriebenen Maßstäben zur Ermittlung des konkret vorrangigen Verfahrens (oben aa)), bedarf jedoch noch der Präzisierung. Spätestens jetzt wird verständlich, weshalb die Prüfung des Einflusses der in Betracht kommenden Verfahren auf § 34 StGB auf der niedersten Stufe des Rechtsverwirklichungsprozesses ansetzen sollte (oben aa)(3)). Die Je-desto-Formel erlaubt solche Notstandshandlungen, die mit einer vorrangigen staatlichen Entscheidung übereinstimmen und sich als deren Durchsetzung darstellen. Daher schließt sich eine gerechtfertigte private Handlung zwingend an die *letzte* staatliche Tätigkeit, die einen *wesentlichen* Entscheidungsspielraum ausfüllt, an. Nur wenn keine wesentlichen Spielräume mehr bestehen und der Einzelne nicht seine eigene Entscheidung an die Stelle einer staatlichen setzt, besteht eine private Durchsetzungskompetenz nach § 34 StGB. Für den Entscheidungsvorrang maßgeblich ist also im-

<sup>41</sup> Siehe auch oben C.IV.3, S. 200 ff.

<sup>42</sup> Vgl. die Formulierung bei Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

<sup>43</sup> Insbesondere Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 186 und 218 ff.

<sup>44</sup> So etwa Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 51 ff. und 93; LK/Zieschang, § 34 Rn. 162. Näheres dazu oben C.IV.2.c), S. 184 ff.

<sup>45</sup> Außerdem begründet die inhaltliche Wirkung des Vorrangs staatlicher Verfahren die oben in Auseinandersetzung mit Harel vertretene These, beim rechtfertigenden Notstand müsse eine staatliche Entscheidung nicht im engeren Sinne durchgesetzt werden (oben D.II.4.d)cc), S. 294 ff.). Ausreichend ist, dass die vorrangige Entscheidung respektiert wird und die Notstandshandlung mit ihr übereinstimmt.

mer das Ergebnis des letzten Verfahrens im Rechtsverwirklichungsprozess, das einen wesentlichen Spielraum ausfüllt.

Schwieriger ist die Auswahl unter Entscheidungen verschiedener Verfahren mit unterschiedlichem Gegenstand (oben aa)(2)). Erneut kann zunächst vom Idealfall, dass das konkret vorrangige Verfahren denselben Interessenskonflikt betrifft und auflösen will wie die Notstandshandlung, ausgegangen werden. Wurde dieses Verfahren bereits durchlaufen und endete mit einer Entscheidung, ist jede Notstandshandlung, die mit dieser Entscheidung übereinstimmt, gerechtfertigt und jede, die mit dieser Entscheidung unvereinbar ist, nicht. Lässt man Fragen der Verwaltungsakzessorietät vorläufig außer Acht, wäre beispielsweise der Erwerb von Betäubungsmitteln mit dem Vorrang eines bereits durchgeführten Erlaubnisverfahrens nach § 3 Abs. 2 BtMG vereinbar und daher gerechtfertigt, wenn der Täter genau diejenigen Stoffe in exakt dem Umfang erworben hat, die der behördlichen Erlaubnis entsprechen. Dann stimmen Notstandshandlung (Erwerb der BtM) und vorrangige staatliche Entscheidung (Genehmigung des Erwerbs) überein.<sup>46</sup> Wie gesehen ist dieser Idealfall eines auf den konkreten Notstandskonflikt ausgerichteten staatlichen Verfahrens jedoch nicht immer zu erreichen. Allerdings zeigt sich nun, weshalb sich das möglicherweise vorrangige Verfahren und die daher vorrangige staatliche Entscheidung nicht zu weit vom konkreten Notstandskonflikt entfernen dürfen. Je näher das möglicherweise vorrangige Verfahren sachlich dem konkreten Notstandskonflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut kommt, desto eher wird vermieden, dass dem Staat – als Gesetzgeber, Behörde oder Gericht – unter Berufung auf seine eigenen Beschlüsse über § 34 StGB Entscheidungen untergeschoben werden, die er gar nicht getroffen hat. Beispielsweise reicht die Übereinstimmung der Notstandshandlung mit der abstrakt-rechtlichen Anerkennung des Erhaltungsinteresses nicht aus, um dem Entscheidungsvorrang gerecht zu werden. Der Vorrang staatlicher Verfahren schrumpfte sonst zur Frage der Notstandsfähigkeit des Erhaltungsguts.<sup>47</sup> Nur weil das Interesse am Erhalt der Arbeitsplätze eines Betriebs rechtlich anerkannt ist, darf der Inhaber des Betriebs aber nicht unter Außerachtlassung etwaiger behördlicher oder gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume verschmutztes Abwasser in öffentliche Gewässer einleiten.<sup>48</sup> *Zumindest* die Abwehr der Notstandsgefahr und die Rettung des Erhaltungsguts als Ergebnis der Notstandshandlung muss deshalb mit einer staatlichen Entscheidung übereinstimmen.<sup>49</sup> Auch dann können jedoch bei der Frage, ob und inwieweit das konkrete *Eingriffsgut* zum Schutz des Erhaltungsguts beeinträchtigt werden darf, staatlicherseits Entscheidungsspielräume bestehen. Stehen etwa dem von einem Unwetter überraschten Bergsteiger zufällig *zwei* fremde Schutzhütten zur Verfügung, bestünde staatlicherseits bei der Auswahl des Nichtstörers

<sup>46</sup> Zum Fall ausführlich unten E.III.3.b), S. 410 ff.

<sup>47</sup> In diese Richtung aber *Frister*, AT, 17/3–4; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 76 f. und 121 f.; *ders.*, GA 1985, 295 (299 f. und 310 f.); zum Problem oben C.IV.2.a)aa), S. 161 ff.

<sup>48</sup> Zum Fall oben B.II.4.b), S. 40 ff. und unten E.III.3.a)aa), S. 396 ff.

<sup>49</sup> Das kommt auch in der Literatur teils zum Ausdruck, vgl. etwa *Jakobs*, AT, 13/36.

Ermessen,<sup>50</sup> welches bei der bloßen Vereinbarkeit des Eindringens des Bergsteigers in die eine Hütte mit einer grundrechtlichen Pflicht *des Staates* zum Schutz von Leib und Leben des Bergsteigers unberücksichtigt bliebe.<sup>51</sup> Größtmöglicher Schutz staatlicher und demokratisch legitimierter<sup>52</sup> Entscheidungsspielräume im Sinne der Je-desto-Formel kann also nur durch *bestmögliche* Annäherung der vorrangigen Entscheidung an den konkreten Notstandskonflikt erreicht werden. Wo die Einbeziehung des Eingriffsguts in die Vorrangfrage möglich ist, indem sich ein Verfahren finden lässt, welches sowohl Erhaltungs- als auch Eingriffsgut betrifft, ist *dieses* Verfahren (seine Qualität als Entscheidungsverfahren vorausgesetzt) vorrangig und die Notstandshandlung muss mit der in *diesem* Verfahren getroffenen Entscheidung übereinstimmen. Nur ausnahmsweise kann auf die Einbeziehung des Eingriffsguts verzichtet werden, sofern *mindestens* das Ergebnis der Notstandshandlung (Abwehr der Gefahr für das Erhaltungsgut) mit der dann vorrangigen Entscheidung übereinstimmt.

Schließlich bedarf es noch einer Klarstellung: Die innerhalb des § 34 StGB vorrangige staatliche Entscheidung liegt selbstverständlich *nicht* im konkret verwirklichten Straftatbestand. Andernfalls drehte man sich auf Rechtfertigungsebene im Kreis und hebelte eine andere staatliche Entscheidung, nämlich § 34 StGB selbst, aus. Wenn also z. B. Teilnehmer an Klimaprotesten die §§ 240, 303 StGB verwirklichen, dann fragt sich im Zusammenhang mit dem Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB nicht – jedenfalls nicht unmittelbar –, ob die Tat mit dem Schutz von Willensfreiheit und Eigentum vereinbar ist, sondern ob sie (z. B.) mit Entscheidungen des Gesetzgebers im Klimaschutzgesetz (KSG) übereinstimmt.<sup>53</sup> Das erklärt, weshalb die Grenze im Annäherungsprinzip nicht in der Entscheidung für die konkrete Beeinträchtigung des *Eingriffsguts*, sondern im konkreten Schutz des *Erhaltungsguts* liegt.

### (3) *Verfahrensvorbehalt und vorläufige Maßnahmen*

#### (a) *Grundsatz: Pflicht zur Verfahrenseinleitung*

Wie aber ist die Rechtslage, wenn die Je-desto-Formel zwar den Vorrang eines Verfahrens ergibt, dieses allerdings (noch) nicht durchlaufen wurde, mithin zur Tatzeit (noch) keine staatliche Entscheidung vorliegt? Dass ein Verfahren noch nicht eingeleitet, durchgeführt und mit einem Ergebnis abgeschlossen wurde, ändert nichts am allgemeinen Verhältnis zwischen diesem Verfahren (bzw. der Möglichkeit seiner Durchführung) und dem rechtfertigenden Notstand. Auch und gerade, wenn ein Verfahren zur Ausfüllung eines Spielraums noch nicht durchgeführt wurde, darf der

---

<sup>50</sup> Hierzu allgemein *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 479.

<sup>51</sup> Zum Fall oben B.II.2.d)b), S. 23 und unten E.IV.3.c)ee), S. 465 ff.

<sup>52</sup> Darauf, dass die Entscheidung, *wer* ein Sonderopfer zu erbringen hat, demokratisch getroffen werden muss, weist etwa auch *Engländer*, JZ 2023, 255 (258) hin.

<sup>53</sup> Zum Beispiel oben B.III.3.b)aa)(2), S. 66 ff. und unten E.III.3.a)bb), S. 400 ff.

Einzelne nicht die noch ausstehende staatliche Entscheidung durch seine eigene ersetzen. Das Fehlen einer staatlichen Entscheidung ändert nichts an ihrer Notwendigkeit zur für alle Betroffenen verbindlichen Auflösung eines Konflikts.<sup>54</sup> Zum Schutz der noch nicht ausgeübten Entscheidungskompetenz muss daher das vorrangige Verfahren grundsätzlich zunächst eingeleitet, durchlaufen und abgeschlossen werden, bevor ein privates Vorgehen nach § 34 StGB – in Übereinstimmung mit der dann getroffenen staatlichen Entscheidung (siehe oben (2)) – im Sinne des § 34 S. 2 StGB angemessen ist. Im Fall eines Vorrangs des demokratischen Verfahrens führt dies beispielsweise dazu, dass beim Fehlen einer gesetzgeberischen Entscheidung nicht, wie dies etwa *Roxin* vertritt, der Rechtsanwender mithilfe des § 34 StGB an die Stelle des Gesetzgebers tritt,<sup>55</sup> sondern dass eine Entscheidung des Gesetzgebers herbeizuführen bzw. abzuwarten ist.<sup>56</sup> Auch bei anderen Verfahren gilt eine Pflicht zur Verfahrenseinleitung.<sup>57</sup> Wurde ein vorrangiges Verfahren noch nicht durchlaufen, greift also anstelle des Entscheidungsvorrangs ein Verfahrensvorbehalt<sup>58</sup> innerhalb des § 34 StGB. Vor Durchführung des Verfahrens ist eine Notstandsrechtfertigung mangels Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB ausgeschlossen. Ein solcher Vorbehalt gilt freilich nicht, wenn das Verfahren allein der Durchsetzung einer bereits feststehenden Entscheidung dient und daher aus Sicht der Je-desto-Formel nicht vorrangig ist. Dann wäre die Verfahrensdurchführung reine Formalität.

*(b) Ausnahme: vorläufige Maßnahmen*

Von diesem Verfahrensvorbehalt gilt eine wichtige Ausnahme. Ziel der Je-desto-Formel ist der Schutz des Entscheidungsspielraums der zuständigen staatlichen Stelle. Dieses Ziel verliert wie gesehen nicht seine Berechtigung, wenn noch keine Entscheidung vorliegt, wenn also der Spielraum noch nicht ausgefüllt wurde. Daraus folgt der Verfahrensvorbehalt, der vermeidet, dass die private Entscheidung des Notstandstäters an die Stelle einer staatlichen Entscheidung tritt. Allerdings kann ein allgemein bestehender staatlicher Entscheidungsspielraum auch durch Umstände beeinflusst werden, die weder mit der Entscheidung eines potenziellen Notstandstäters noch mit anderen Verfahren und deren Vorgaben in Zusammenhang stehen. Gemeint sind tatsächliche Entwicklungen, die zu einer Verengung des Entscheidungsspielraums und damit dazu führen, dass die staatliche Tätigkeit sich entweder ganz erledigt oder

<sup>54</sup> Das ist Ausfluss des hier vertretenen Werterelativismus, siehe oben D.II.3.b), S. 216 ff.; vgl. allgemein auch *Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit, S. 107 f. zur reinen Verfahrensgerechtigkeit; anders für § 34 StGB etwa *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214); wohl auch *Jakobs*, AT, 13/44a; dazu aber *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 228 mit Fn. 212.

<sup>55</sup> *Roxin*, JuS 1976, 505 (510).

<sup>56</sup> Vgl. auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 203 f.

<sup>57</sup> Vgl. auch *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 320 f.; *Oğlakcıoğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 271; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 129 (allerdings im Ergebnis weniger streng, siehe z. B. a. a. O., S. 395 f.).

<sup>58</sup> Begriff auch bei *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (87 und 108), wenngleich mit anderer Bedeutung.

zumindest ihre spielraumbedingte *Entscheidungsqualität* verliert. Private Handlungen, die vor diesem Hintergrund einen staatlichen Entscheidungsspielraum nicht beeinträchtigen, sondern ihn im Gegenteil *erhalten*, entsprechen dem Grundgedanken des Verfahrensvorbehalts. Sie können daher nach § 34 StGB gerechtfertigt werden. Das erfasst Maßnahmen, die die Offenheit des Verfahrensausgangs bewahren und das Entstehen entscheidungsrelevanter vollendeter Tatsachen verhindern.<sup>59</sup> Dagegen verstoßen all diejenigen privaten Handlungen gegen den Verfahrensvorbehalt, die ihrerseits vollendete Tatsachen schaffen und damit selbst zu einer Verengung des Entscheidungsspielraums führen.<sup>60</sup> Im Ergebnis gilt von der Pflicht zur Verfahrenseinleitung also eine Ausnahme für vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens.

Solche vorläufigen Maßnahmen beziehen sich freilich nur in der Herleitung ihrer Zulässigkeit auf die staatliche Entscheidungsbefugnis. Dass der Täter mit ihnen meist eigene Zwecke verfolgt, ist unschädlich. Im Bereich vorläufiger Maßnahmen zur Verhinderung vollendeter Tatsachen überschneidet sich das Interesse des Notstandstäters an der Vornahme der Handlung mit dem der zuständigen Stelle am Erhalt ihres Entscheidungsspielraums. Insbesondere wenn der Verfahrenseinleitung tatsächliche Hinderungsgründe entgegenstehen, ist ein privates Vorgehen auf Grundlage des § 34 StGB also nicht von vornherein ausgeschlossen,<sup>61</sup> sondern es sind zumindest solche Handlungen zulässig, die das Entstehen irreversibler Schäden und damit eine Verengung des Entscheidungsspielraums verhindern. Dadurch erleidet der Einzelne keinen Nachteil durch u. U. langwierige Verfahren.<sup>62</sup> Der Sache nach lässt sich der Grundgedanke solcher vorläufigen Maßnahmen auch in den §§ 229, 230 BGB und § 127 Abs. 1 StPO finden: Jeweils soll vermieden werden, dass staatliche Entscheidungsbefugnisse aufgrund tatsächlicher Entwicklungen nicht mehr ausgeübt werden können.<sup>63</sup> Der Kreis der bei § 34 StGB zulässigen vorläufigen Maßnahmen kann sich an den dort erlaubten Handlungen orientieren.<sup>64</sup>

Zwei Einschränkungen sind wichtig. Erstens haben die beschriebenen vorläufigen Maßnahmen in Bezug auf staatliche Entscheidungsspielräume allein sichernden bzw. bewahrenden Charakter, d. h. sie dürfen nicht zu einer Ausweitung der staatlichen Entscheidungsmöglichkeiten durch die Hintertür des rechtfertigenden Not-

<sup>59</sup> Ähnlich zur Subsidiarität der Notwehr *Lagodny*, GA 1991, 300 (312).

<sup>60</sup> Ähnlich MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 184 f.; *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (364).

<sup>61</sup> Ähnlich *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (570); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 183; *Jakobs*, AT, 13/37 und 13/42.

<sup>62</sup> Ähnlich zur materiellen Genehmigungsfähigkeit *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 120.

<sup>63</sup> Siehe nur *Jescheck/Weigend*, AT, S. 398: „Zweck des Festnahmerechts ist die Ermöglichung strafgerichtlicher Verfolgung.“ Zur Vorläufigkeit der Selbsthilfe etwa *Staudinger/Reppen*, § 229 Rn. 2. Die Parallele zu § 229 BGB zieht z. B. auch *Robles Planas*, ZIS 2018, 14 (19 ff.) zur Begründung vorläufiger Maßnahmen bei § 32 StGB; siehe auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 234 f. mit Fn. 229.

<sup>64</sup> Zu § 229 BGB *Staudinger/Reppen*, § 229 Rn. 25 ff.; vgl. auch zur Notwehr *Lagodny*, GA 1991, 300 (311 ff.).

stands führen.<sup>65</sup> Wenn also beispielsweise im Rauschgiftkriminalitäts-Fall die Strafverfolgungsbehörden mangels Anfangsverdachts noch nicht eingreifen durften, dann darf dieser Anfangsverdacht auch nicht von Privaten im Rahmen vorläufiger Maßnahmen herbeigeführt werden.<sup>66</sup> Es soll lediglich eine bereits bestehende Entscheidungsbefugnis gewahrt und nicht eine noch nicht bestehende Befugnis hergestellt werden. In Fällen, in denen der Staat noch nicht entscheiden *dürfte*, sind also auch vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung bzw. zur erstmaligen Herstellung der Entscheidungsbefugnis unzulässig. In Fällen hingegen, in denen der Staat zwar entscheiden dürfte, er jedoch bei ungehindertem Ablauf der Ereignisse nach einiger Zeit nicht mehr entscheiden *könnte*, ist an vorläufigen Maßnahmen zu denken. Es geht darum, die tatsächliche Entscheidungsmöglichkeit zu wahren, ohne die rechtliche Entscheidungskompetenz zu erweitern. Zweitens: Obwohl ein vorrangiges Verfahren noch nicht durchgeführt wurde, kann im Einzelfall schon im Voraus *kein* Bedürfnis an der Erhaltung der Offenheit seines Ausgangs durch vorläufige Maßnahmen bestehen. Zu denken ist an Fälle, in denen sich die zuständige Stelle mit hoher Wahrscheinlichkeit und im Einklang mit rechtlichen Vorgaben *gegen* staatliches Tätigwerden entscheiden wird.<sup>67</sup> Folglich entfalten vorläufige Maßnahmen ihre Bedeutung allein dann, wenn die Verfahrensdurchführung vom Einzelnen erzwungen werden könnte (insbesondere bei fehlerhafter Untätigkeit, siehe unten b)cc(4)). Sie sind relevant, wenn staatlicherseits Maßnahmen getroffen werden *dürften* und *müssten*. Bei *rechtmäßiger* Untätigkeit ist diese dagegen zu dulden. Dann folgt aus dem Verfahrensvorbehalt der Ausschluss jeder Notstandsrechtfertigung.

### cc) Zwischenergebnis

Dies ist das Grundprinzip der Je-desto-Formel. Abgesehen von den einzelnen Kriterien sind der unvermeidbare Vorrang eines staatlichen Verfahrens und die inhaltlichen Wirkungen dieses Vorrangs auf die Notstandsrechtfertigung am wichtigsten. Die Bestimmung des konkret vorrangigen Verfahrens anhand der Suche nach Entscheidungsspielräumen und der Schutz dieser Spielräume gegenüber privater Willkür sind die Leitlinien, mit denen sich das Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren bestimmen lässt.

<sup>65</sup> Vgl. *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); *ders./Schall*, JuS 1975, 565 (569 ff.); *Otto*, NJW 1973, 667 (668).

<sup>66</sup> Zum Fall oben B.II.3.c), S. 33 ff. und aus grundrechtlicher Sicht unten E.IV.3.a)aa), S. 434 ff.

<sup>67</sup> Ein Beispiel: In einem Fall des OLG Celle (OLG Celle, Beschl. v. 04.10.2017 – 3 Ss (Owi) 163/17 –, juris = NStZ 2018, 293; Vorinstanz: AG Hannover, Urt. v. 10.04.2017 – 265 Owi 66/17 –, juris) gerierte sich der Betroffene als eine Art privater Verkehrspolizist und dokumentierte Verstöße anderer Straßenverkehrsteilnehmer gegen die StVO. Weil im Ordnungswidrigkeitenrecht aber das Opportunitätsprinzip herrscht (KKOWiG/*Mitsch*, Einl. Rn. 152 ff.), kann sich die Behörde zu Recht gegen eine Verfolgung eines Verstoßes entscheiden.

*b) Rechts- oder verfassungswidrige Verfahren und ihre Ergebnisse**aa) Einleitung*

Die vorstehenden Ausführungen gingen, um das Grundprinzip der Je-desto-Formel zu verdeutlichen, weitgehend von einer fehlerfrei ablaufenden staatlichen Rechtsverwirklichung aus. Interessant sind jedoch auch die Fälle, in denen dem Staat auf irgendeiner Ebene Fehler unterlaufen, sich also mindestens eine staatliche Stelle formell oder materiell verfassungs- oder rechtswidrig verhält. Dann ist fraglich, ob Private mithilfe des § 34 StGB anstelle eines sich fehlerhaft verhaltenden Staates tätig werden oder sich gegen fehlerhaftes staatliches Verhalten zur Wehr setzen dürfen. Zur Beurteilung dieser Fälle bedarf die Je-desto-Formel in ihrer bisherigen Form einer Ergänzung: Aus einer einspurigen wird eine zwei- bzw. mehrspurige Formel, die auch den (insbesondere gerichtlichen) Rechtsschutz gegen fehlerhaftes staatliches Verhalten einbezieht.

Für die Zwecke der folgenden Überlegungen werden alle Konstellationen in einem weiten Begriff des fehlerhaften Verfahrens zusammengefasst. Ein Verfahren ist fehlerhaft, wenn das Verfahren selbst (Verfahren im engeren Sinne)<sup>68</sup> oder sein Ergebnis nicht mit den sich aus höherrangigem Recht ergebenden formellen und materiellen Anforderungen übereinstimmt. Wenn bislang von der Offenheit des Ausgangs eines Verfahrens als Kriterium zur Bestimmung seines Vorrangs die Rede war, so ist zu bedenken, dass es sich hierbei im demokratischen Rechtsstaat immer nur um eine *relative* Offenheit handelt. Keine staatliche Tätigkeit ist vollkommen ungebunden,<sup>69</sup> sondern jeder Entscheidungsspielraum unterliegt Grenzen, die sich aus höherrangigem Recht ergeben (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Werden diese Grenzen überschritten, liegt ein fehlerhaftes Verfahren vor. Besagte Grenzen ändern jedoch für sich noch nichts an der Einordnung eines Verfahrens als Entscheidungs- oder Durchsetzungsverfahren, denn *innerhalb* der Grenzen kann durchaus ein den Entscheidungscharakter eines Verfahrens begründender Spielraum bestehen. Das Entscheidungsverfahren ist durch die Grenzen lediglich negativ bestimmt in dem Sinne, dass eine bestimmte Entscheidung nicht gefällt werden darf, nicht aber zwingend positiv in dem Sinne, welche konkrete Entscheidung gefällt werden muss.

*bb) Von der einspurigen zur mehrspurigen Formel*

Für die Je-desto-Formel im bislang beschriebenen Sinne ist eine Fehlerhaftigkeit des Verfahrens oder seines Ergebnisses gleichgültig. Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren allein anhand der relativen Offenheit des Verfahrensausgangs kann Fehler dieses Verfahrens nicht berücksichtigen. Ob eine Entscheidungskompetenz auch dann geschützt werden soll, wenn sie rechts-

---

<sup>68</sup> Primär auf die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens, nicht aber auf das Ergebnis abstellend *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (78 ff.).

<sup>69</sup> Weitgehend frei ist die Verfassungsgebung.

oder verfassungswidrig ausgeübt wurde, lässt sich allein mit deren Eigenschaft als *Entscheidungskompetenz* nicht beantworten. Auch die Hintergründe des Entscheidungsvorrangs helfen bei der Frage, wie fehlerhafte Verfahren zu behandeln sind, nicht weiter. Dem Hinweis auf die mangelnde sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation einer (materiell) rechtswidrigen staatlichen Entscheidung als mögliches Argument *gegen* einen Vorrang fehlerhafter Entscheidungen<sup>70</sup> könnte entgegen gehalten werden, dass materiell fehlerhafte Entscheidungen noch immer organisatorisch-personell legitimiert sind und mit Blick auf die Rechtssicherheit irgendeine Entscheidung besser ist als keine Entscheidung.<sup>71</sup> Die *Je-desto*-Formel muss also ergänzt werden.

Der Grundgedanke dieser Ergänzung ist, dass die Art und Weise, wie außerhalb des rechtfertigenden Notstands mit fehlerhaften staatlichen Verfahren umgegangen wird, d. h. wie man den Fehler sanktioniert oder sanktionieren kann, auch innerhalb des § 34 StGB berücksichtigt werden soll. Wenn sich also der Inhaber des Erhaltungsguts (der Notstandstäter oder ein Dritter im Fall der Notstandshilfe) rechtlich außerhalb des Notstands nicht gegen fehlerhaftes staatliches Verhalten zur Wehr setzen kann, sondern zu dessen Duldung verpflichtet ist (z. B. weil er mangels möglicher Verletzung eines subjektiven Rechts im Verwaltungsprozess nicht klagebefugt wäre, § 42 Abs. 2 VwGO<sup>72</sup>), soll dies über die erweiterte *Je-desto*-Formel auch zum Ausschluss der Notstandsbefugnis führen.<sup>73</sup> In solchen Fällen ergibt sich „aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung [...], dass die Beeinträchtigung hingenommen werden muss.“<sup>74</sup> Dies stellt einen Gleichlauf zwischen den Befugnissen im notstandsexternen Normalfall und denen im Notfall des § 34 StGB her.<sup>75</sup>

Das lässt sich auch mit der *Je-desto*-Formel selbst begründen. Wie mit Fehlern im Rechtsverwirklichungsvorgang umgegangen wird und ob Private diese geltend machen dürfen, ist ebenfalls Gegenstand (sekundärer) Entscheidungen, und auch diese müssen innerhalb des § 34 StGB respektiert werden.<sup>76</sup> Verschiedene Konstellationen sind denkbar: In manchen Fällen erledigt sich das Problem von selbst, indem fehlerhaftes staatliches Verhalten, sofern es rechtsförmig erfolgte,<sup>77</sup> unwirksam und damit unbeachtlich ist. Teils sind bestimmte Personen berechtigt, das fragliche Verfahren auf die Einhaltung der Vorgaben aus höherrangigem Recht überprüfen

<sup>70</sup> Vgl. auch *Perschke*, *wistra* 1996, 161 (163) zur Verwaltungsakzessorietät.

<sup>71</sup> Allgemein *Radbruch*, *SJZ* 1 (1946), 105 (107): „Freilich: *einen* Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft.“ Hervorhebung im Original.

<sup>72</sup> Zum Maßstab des § 42 Abs. 2 VwGO siehe *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, § 14 Rn. 53–112.

<sup>73</sup> Ähnlich *Bock*, *ZStW* 131 (2019), 555 (571 f.); *Lenk*, *ZStW* 132 (2020), 56 (58 f.); *Renzikowski*, *GS Tröndle*, S. 355 (362).

<sup>74</sup> So *Roxin/Greco*, *AT I*, § 16 Rn. 54, wenngleich mit anderen Folgerungen.

<sup>75</sup> Ebenso für § 229 BGB *W. B. Schünemann*, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, S. 17–19; vgl. auch zur Notwehr *Lagodny*, *GA* 1991, 300 (309 f.).

<sup>76</sup> Ähnlicher Hinweis auch bei *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 230.

<sup>77</sup> Realakte können nicht unwirksam sein, siehe *Maurer/Waldhoff*, *AllgVwR*, § 15 Rn. 6.

und eine fehlerhafte, aber wirksame Entscheidung aufheben zu lassen. In wieder anderen Fällen nimmt man rechts- oder verfassungswidrige Zustände im Interesse der Rechtssicherheit oder aus anderen Gründen in Kauf. Damit sind nicht nur die bereits beschriebenen Fehlerfolgen angesprochen,<sup>78</sup> sondern auch die Frage, ob, von wem und unter welchen Voraussetzungen diese Fehlerfolgen im konkreten Fall geltend gemacht oder realisiert werden dürfen. Die Ausgestaltung der Fehlerfolgen ist in weitem Umfang dem einfachen Gesetzgeber überlassen.<sup>79</sup> Sie lässt sich daher als *Entscheidung* im Sinne der Je-desto-Formel einordnen. Gleiches gilt für die prozessrechtliche Frage, wer unter welchen Voraussetzungen ein Verfahren auf dessen Fehlerhaftigkeit überprüfen lassen und ggf. die entsprechenden Fehlerfolgen herbeiführen kann. Diesbezüglich werden von der Verfassung zwar gewisse Vorgaben gemacht, indem etwa Art. 19 Abs. 4 GG verlangt, dass gegen (mögliche) Grundrechtsverletzungen der Rechtsweg eröffnet sein muss. Dabei handelt es sich aber nur um negative Grenzen gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume.<sup>80</sup> Ansonsten vollzieht auch das Prozessrecht nicht nur verfassungsrechtliche Vorgaben. Sowohl die Ausgestaltung der Fehlerfolgen als auch die Regeln des Prozessrechts stellen daher Entscheidungen im Sinne der Je-desto-Formel dar. Das einzelne Rechtsschutzverfahren selbst hingegen setzt v. a. die Grenzen der jeweils angegriffenen staatlichen Entscheidung und die Vorgaben des Prozessrechts durch und trifft, sieht man von im Rechtsschutzverfahren zu klärenden rechtlichen oder tatsächlichen Zweifelsfragen ab, selbst grundsätzlich keine *wesentliche* Entscheidung im Sinne der Je-desto-Formel.<sup>81</sup> Dieses Verfahren entfaltet daher grundsätzlich keinen Vorrang innerhalb des § 34 StGB.<sup>82</sup> Aus der Verbindung von Durchsetzungsqualität des Rechtsschutzverfahrens und Entscheidungsqualität des Fehlerfolgenregimes und des Prozessrechts ergibt sich sodann die Möglichkeit privaten Vorgehens nach § 34 StGB, sofern dieses *auch* im Einklang mit Entscheidungen zu den Fehlerfolgen und des Prozessrechts erfolgt.

<sup>78</sup> Dazu oben D.II.3.c)dd)(3), S. 241 ff.

<sup>79</sup> Schmidt-Aßmann, in: HStR II, § 26 Rn. 62.

<sup>80</sup> Allgemein Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 Rn. 5; zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verwaltungsprozesses auch Schoch/Schneider/Schmidt-Aßmann/Schenk, Einl. Rn. 1–69.

<sup>81</sup> Die Vergrößerungen an dieser Stelle sind für allgemeine Überlegungen wie hier unvermeidbar. Hinzuweisen ist darauf, dass insbesondere dem gerichtlichen Verfahren auch infolge tatsächlicher Unklarheiten oder rechtlicher Unbestimmtheit eine Entscheidungsqualität zukommen kann (noch weiter Schaper, Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, S. 138). Dann ist auch das gerichtliche Verfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig und muss, sofern es noch nicht durchlaufen wurde, erst eingeleitet werden (für eine Sperrwirkung des Rechtsschutzverfahrens Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 230). Zu bedenken sind außerdem Mischformen zwischen Rechtsschutz- und Sachentscheidungsverfahren wie das auch die Zweckmäßigkeit einer Entscheidung prüfende Widerspruchsverfahren (§ 68 Abs. 1 VwGO; dazu Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 7 Rn. 7) oder die Fachaufsicht (dazu Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 23 Rn. 25). Insgesamt handelt es sich also nur um allgemeine Aussagen, welche angesichts der Umstände des Einzelfalls modifiziert werden können. Zum Sonderfall des Strafprozesses siehe unten E.III.3.d)cc)(2), S. 424 ff.

<sup>82</sup> Anders z. B. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 230; der Sache nach wie hier Kühl, FS Lackner, S. 815 (847), zur Verwaltungsrechtsakzessorität.

Diese erweiterte Je-desto-Formel sichert beispielsweise den Fokus des Prozessrechts auf subjektiven Rechtsschutz gegenüber der *politischen* (und in mancher Hinsicht nicht völlig unberechtigten) Forderung nach einem Popular- oder Verbandsklagerecht im Verwaltungsrecht ab. Diese Forderung griff der Gesetzgeber nur teilweise, z. B. im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (insbesondere § 2 UmwRG), auf.<sup>83</sup> Nicht nur der Notstandstäter, sondern auch der Rechtswissenschaftler wird durch die Erweiterung der Je-desto-Formel daran gehindert, seine persönliche Haltung zur „richtigen“ Ausgestaltung des Rechts – nun: des Prozessrechts – mithilfe des rechtfertigenden Notstands zu verrechtlichen.<sup>84</sup> § 34 StGB schließt also keine Lücken oder behebt „schwere Fehler des geltenden Prozessrechts“,<sup>85</sup> sondern rechtfertigt eine Tat nur dann, wenn und soweit sie auch mit Entscheidungen zum Umgang mit fehlerhaften Verfahren und der Geltendmachung dieser Fehler übereinstimmt. Nicht mehr allein das fehlerhafte Verfahren selbst, sondern auch die Frage, wie die Rechtsordnung auf diese Fehlerhaftigkeit reagiert und wer diese Fehlerhaftigkeit und ihre Auswirkungen im konkreten Fall unter welchen Voraussetzungen geltend machen bzw. verwirklichen kann, ist maßgeblich. Diese erweiterte und mindestens zweispurige Je-desto-Formel bringt § 34 StGB nicht nur mit dem materiellen Recht, sondern auch mit dem Prozessrecht in Einklang.<sup>86</sup>

### cc) Mögliche Konstellationen

Die Verbindung aus Fehlerfolgenregime, notstandsexterner Rechtsschutzmöglichkeit und der Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz ergibt verschiedene Konstellationen fehlerhafter Verfahren und deren Auswirkungen auf § 34 StGB.

#### (1) Fehler im Durchsetzungsverfahren

Aus Sicht der Je-desto-Formel unproblematisch sind zunächst solche Fälle, in denen ein Durchsetzungsverfahren fehlerhaft verläuft, insbesondere mit einem rechts- oder verfassungswidrigen Ergebnis endet. Das ist z. B. der Fall, wenn der Bürger einen Anspruch auf ein bestimmtes Verfahrensergebnis hat und die zuständige staatliche Stelle diesen Anspruch nicht oder nicht richtig erfüllt. Hier ist das Verfahren innerhalb des § 34 StGB aus Sicht der Je-desto-Formel ohnehin nicht vorrangig, und der Umstand, dass es fehlerhaft verlaufen ist oder endete, ist irrelevant. Der Einzelne ist stattdessen zu solchen Handlungen befugt, die sich als Durchsetzung der das fragliche staatliche Verfahren determinierenden höherrangigen staatlichen Entscheidung darstellen. Einschränkungen hierzu ergeben sich aus dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren (unten IV).

<sup>83</sup> Weiterführend m. w. N. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 93; zur aktuellen Entwicklung im Umweltrecht im Überblick *Bunge*, JuS 2020, 740 ff.

<sup>84</sup> Siehe oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.

<sup>85</sup> *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91).

<sup>86</sup> Ähnlich zur Selbsthilfe *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 21 und passim.

## (2) Fehler im Entscheidungsverfahren I: unwirksame Entscheidung

Handelt es sich beim fraglichen Verfahren hingegen um ein Entscheidungsverfahren und wurde das Verfahren fehlerhaft durchgeführt oder endete es mit einer fehlerhaften Entscheidung, ist nach den Fehlerfolgen zu differenzieren. Der Fehler kann erstens zur Unwirksamkeit und Nichtigkeit der Entscheidung führen.<sup>87</sup> Dann gilt: Aufgrund der Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsfolge handelt es sich bei der fehlerhaften Entscheidung um ein rechtliches Nullum, das von niemandem beachtet werden muss. Man behandelt die nichtige und unwirksame Entscheidung so, als wäre sie nicht gefällt worden. Auch für § 34 StGB folgt aus Nichtigkeit des Ergebnisses eines an sich vorrangigen staatlichen Entscheidungsverfahrens, dass dieses Verfahren zu behandeln ist, als wäre keine Entscheidung ergangen. Weil der Vorrang eines Verfahrens allerdings nicht von der Existenz einer Entscheidung abhängt (oben a)bb(1)), ist der Notstandstäter auch bei Unwirksamkeit einer Entscheidung nicht völlig frei in seinem Tun. Vielmehr gilt das zum Verfahrensvorbehalt Gesagte (oben a)bb(3)). Zum Schutz der trotz nichtiger Entscheidung fortbestehenden Entscheidungsbefugnis der zuständigen Stelle ist das fragliche Verfahren grundsätzlich erneut einzuleiten. § 34 StGB erlaubt aber ausnahmsweise vorläufige Maßnahmen zum Erhalt der Offenheit des Verfahrens, wenn nur so das Entstehen vollendeter Tatsachen vermieden werden kann. Weil dabei die unwirksame Entscheidung selbst nicht beachtet werden muss, kommt als vorläufige Maßnahme auch ein Verstoß gegen die nichtige Entscheidung in Betracht, wenn dadurch verhindert wird, dass vollendete Tatsachen entstehen. Dann überschneidet sich das Interesse des Notstandstäters an der Vornahme der fraglichen Handlung mit dem (wohlverstandenen) Interesse der zuständigen Stelle daran, ihre Entscheidungskompetenz trotz des misslungenen ersten Versuchs in Zukunft erneut – und diesmal fehlerfrei – ausüben zu können. Allerdings dürfen solche vorläufigen Maßnahmen die vorrangige Entscheidung nicht ersetzen.

All dies führt beispielsweise dazu, dass ein verfassungswidriges und daher nichtiges Parlamentsgesetz als staatliche Entscheidung zwar für § 34 StGB unbeachtlich ist,<sup>88</sup> der Notstandstäter allerdings trotzdem nicht seine eigene Meinung an die Stelle einer gesetzgeberischen Entscheidung setzen darf. Stattdessen verwandelt sich der Entscheidungsvorrang in einen Verfahrensvorbehalt. Erlaubt sind allenfalls vorläufige Maßnahmen. Die Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers geht infolge der unwirksamen Entscheidung nicht unter und ist daher auch für § 34 StGB noch immer zu beachten. Anders ist dies nur, wenn die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes darauf beruht, dass das Verfassungsrecht ein bestimmtes Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens verlangt, sich der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers also auf Null reduziert hat und das demokratische Verfahren daher ausnahmsweise ein bloßes Durchsetzungsverfahren ist. Dann erlaubt § 34 StGB nach der Je-desto-Formel solche Handlungen, die mit der das demokratische Verfahren determinierenden

<sup>87</sup> Einzelheiten oben D.II.3.c)dd(3), S. 241 ff.

<sup>88</sup> Ebenso im Ergebnis *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (77).

verfassungsrechtlichen Entscheidung übereinstimmen, ohne dass es auf die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit des Parlamentsgesetzes ankommt (vgl. soeben (1)). Der in der Literatur verbreitete Verweis auf gesetzgeberische Vorabentscheidungen<sup>89</sup> ist demgegenüber zu pauschal.

Dieselben Grundsätze gelten auch für nach § 44 (L)VwVfG wegen besonders schwerwiegender und offensichtlicher Mängel nichtige Verwaltungsakte. Auch diese entfalten – sofern sie überhaupt Ergebnis eines Entscheidungsverfahrens sind – innerhalb des § 34 StGB keinen Vorrang,<sup>90</sup> d.h. sie müssen nicht beachtet werden.<sup>91</sup> Allerdings besteht die Entscheidungskompetenz der Verwaltung trotz der Nichtigkeit der ersten Entscheidung fort, weshalb lediglich vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens zulässig sind. Abermals ist hiervon auch und v.a. der Verstoß gegen den nichtigen Verwaltungsakt erfasst.

### (3) Fehler im Entscheidungsverfahren 2: wirksame, aber vernichtbare Entscheidung

Anders sind Konstellationen zu beurteilen, in denen ein Entscheidungsverfahren fehlerhaft durchgeführt wurde oder zu einer fehlerhaften Entscheidung führte, diese rechts- oder verfassungswidrige Entscheidung aber nicht nichtig, sondern wirksam und lediglich durch besonderen Akt aufhebbar ist. Aufgrund der Anbindung der Je-desto-Formel an das Prozessrecht ist für § 34 StGB maßgeblich, ob sich der Inhaber des Erhaltungsguts rechtlich auch außerhalb des rechtfertigenden Notstands gegen diese Entscheidung zur Wehr setzen könnte. Wegen Art. 19 Abs. 4 GG kommt dabei insbesondere der Frage, ob die Entscheidung den Inhaber des Erhaltungsguts (möglicherweise) in seinen Rechten verletzt, eine wichtige Bedeutung zu.

#### (a) Rechtsverletzung auf Erhaltungsseite

In Fällen, in denen eine rechts- oder verfassungswidrige Entscheidung gegen subjektive Rechte des Inhabers des Erhaltungsguts verstößt, indem sie z. B. ein Abwehrrecht verletzt oder einen Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung nicht erfüllt, gilt: Diese Rechtsverletzung berechtigt den Inhaber des Erhaltungsguts im Regelfall (Art. 19 Abs. 4 GG) dazu, sich gegen die fehlerhafte Entscheidung (gerichtlich oder behördlich) zur Wehr zu setzen und die Aufhebung der Entscheidung zu erwirken. Der Inhaber des Erhal-

<sup>89</sup> Nachweise oben E. Fn. 4.

<sup>90</sup> Insoweit übereinstimmend *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (214); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 184; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 230 mit Fn. 216; vgl. zur Notwehr auch *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, S. 99 f.

<sup>91</sup> Das entspricht der Sache nach der h. M. bei verwaltungsaktsakzessorischen Straftatbeständen, siehe *LK/Heghmanns*, Vor § 324 Rn. 61; *Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm*, Vor §§ 324 ff. Rn. 16a; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 369; *Kühl*, AT, § 9 Rn. 128; *Lenckner*, FS Pfeiffer, S. 27 (33); *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 237; *NK/Paeffgen/Zabel*, Vor §§ 32 ff. Rn. 202; *Perschke*, wistra 1996, 161 (164); *NK/Ransiek*, § 324 Rn. 24; *Rogall*, GA 1995, 299 (309 f.); *LK/Rönau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 279; *Rudolphi*, NStZ 1984, 193 (197); *ders.*, NStZ 1984, 248 (252); *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 109; *MüKoStGB/Schlehofer*, Vor § 32 Rn. 237; *MüKoStGB/Schmitz*, Vor §§ 324 ff. Rn. 80; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rn. 62a.

tungsguts muss die fehlerhafte Entscheidung also nicht dulden. Zugleich ist das jeweilige Rechtsschutzverfahren grundsätzlich als Verfahren zur Durchsetzung der entsprechenden formellen oder materiellen Vorgaben, gegen die im „primären“ Entscheidungsverfahren verstoßen wurde, einzuordnen und entfaltet daher keinen Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Aus der Verbindung dieser beiden Umstände (notstands-externe Verteidigungsmöglichkeiten gegen die fehlerhafte Entscheidung und kein Vorrang des Rechtsschutzverfahrens) folgt für den rechtfertigenden Notstand, dass sich die fehlerhafte und auf Veranlassung des Inhabers des Erhaltungsguts vernichtbare Entscheidung aus Sicht des § 34 StGB wie eine nichtige Entscheidung darstellt.

Folglich gelten auch hier die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts (oben abb(3)). Um die trotz der fehlerhaften Entscheidung fortbestehende Entscheidungskompetenz der zuständigen Stelle zu schützen, ist das fragliche Verfahren (nicht das Rechtsschutzverfahren, sondern das „primäre“ Entscheidungsverfahren) grundsätzlich erneut einzuleiten.<sup>92</sup> Allerdings sind ausnahmsweise vorläufige Maßnahmen im Interesse der Offenheit des Verfahrens erlaubt. Das ist hier wichtig. Weil die fehlerhafte und auf Veranlassung des Notstandstäters vernichtbare Entscheidung auf § 34 StGB keine Auswirkung hat, muss die Notstandshandlung nicht mit ihr übereinstimmen. Als vorläufige Maßnahme kommt daher auch der Verstoß gegen die fehlerhafte Entscheidung in Betracht, wenn damit die Möglichkeit der zuständigen Stelle geschützt wird, noch einmal – und nun fehlerfrei – zu entscheiden. Ein extremes Beispiel: Der „Adressat“ eines unverhältnismäßigen „finalen Rettungsschusses“ darf sich diesem unter Verstoß gegen Strafnormen entziehen und ggf. Widerstand gegen den schießenden Beamten leisten oder, um auszuweichen, einen im Weg stehenden Passanten zur Seite stoßen, weil der Amtsträger andernfalls nicht mehr ein zweites Mal – und nun rechtmäßig – entscheiden könnte.<sup>93</sup> Selbstverständlich handelt der Betroffene hier nicht, um den staatlichen Entscheidungsspielraum zu erhalten. Wieder decken sich aber das (wohlverstandene) staatliche Interesse und das des Betroffenen.

#### *(b) Objektive Fehlerhaftigkeit der Entscheidung und Rechtsverletzung auf Eingriffsseite*

Ist die an sich vorrangige Entscheidung rechts- oder verfassungswidrig, ohne dabei Rechte des Notstandstäters oder des Inhabers des Erhaltungsguts zu verletzen, kann sich dieser *in der Regel*<sup>94</sup> außerhalb des § 34 StGB nicht gegen die Entscheidung zur

<sup>92</sup> Freilich steht der erneuten Verfahrensdurchführung die noch wirksame erste Entscheidung entgegen. Diese kann allein im Rechtsschutzverfahren aufgehoben werden, wodurch mit der Pflicht zur erneuten Einleitung des primären Verfahrens *faktisch* auch die Notwendigkeit einer Einleitung des Rechtsschutzverfahrens verbunden ist. Damit nähert sich das Ergebnis denjenigen an, die eine Sperrwirkung des Rechtsschutzverfahrens vertreten (z. B. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 230). Vorliegend kommt es v. a. auf die vorläufigen Maßnahmen an.

<sup>93</sup> Der Rettungsschuss ist ein Realakt, bei dem nicht zwischen Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit getrennt wird, vgl. allgemein Maurer/Waldhoff, AllgVwR, § 15 Rn. 6. Das Beispiel dient nur der Veranschaulichung des Gedankens der vorläufigen Maßnahmen.

<sup>94</sup> Verbandsklagen u. ä. (dazu für den Verwaltungsprozess Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 14

Wehr setzen. Dann ist die fehlerhafte Entscheidung unter Notstandsgesichtspunkten zu behandeln, als wäre sie nicht fehlerhaft, und es gelten die Grundsätze des Entscheidungsvorrangs (oben a)bb)(2)). Die *prozessrechtliche* Entscheidung, dass die Fehlerhaftigkeit der möglicherweise vorrangigen Entscheidung hingenommen werden muss, ist auch für § 34 StGB bindend. Die aus Sicht des Inhabers des Erhaltungsguts nur objektiv fehlerhafte Entscheidung entfaltet daher Vorrang in § 34 StGB. Hier darf mithin nicht im Wege vorläufiger Maßnahmen gegen die Entscheidung verstoßen werden.

Konsequenterweise sind dann allerdings auch solche Notstandshandlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit der fehlerhaften Entscheidung übereinstimmen. Dabei gilt aber eine Einschränkung. Handlungen, die mit der aus Sicht des Inhabers des Erhaltungsguts nur objektiv fehlerhaften Entscheidung übereinstimmen, sind nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, wenn diese Entscheidung zwar nicht die Rechte des Inhabers des Erhaltungsguts, aber die *des Eingriffsoffers* verletzt. Gegen eine solche fehlerhafte Entscheidung dürfte sich das Eingriffsoffer nämlich notstandsextern zur Wehr setzen, und diese *prozessrechtliche Entscheidung*, dass das Eingriffsoffer die fehlerhafte Entscheidung nicht dulden muss, entfaltet Vorrang in § 34 StGB. Das vermeidet, dass das Opfer einen Notstandseingriff hinnehmen muss, der zwar aus Sicht des Erhaltungsguts den Entscheidungsvorrang wahrt, dadurch aber ebenso fehlerhaft wie die vorrangige Entscheidung ist und diese Fehlerhaftigkeit noch vertieft.

#### (4) Fehlerhafte Untätigkeit

Die letzte Konstellation ist die einer fehlerhaften Untätigkeit des Staates. Dabei geht es um Fälle, in denen ein Verfahren nicht eingeleitet und durchgeführt wird, obwohl die zuständige Stelle dazu verpflichtet ist. Situationen, in denen ein Verfahren durchgeführt wurde, sich die zuständige Stelle aber „bewusst“ zum Untätigbleiben entschied, sind von der fehlerhaften Untätigkeit in diesem Sinne nicht erfasst, sondern richten sich nach den bereits beschriebenen Grundsätzen.<sup>95</sup> Auch in den verbleibenden Konstellationen ergeben sich allerdings keine Besonderheiten mehr für § 34 StGB. Maßgeblich ist, ob der Notstandstäter bzw. der Inhaber des Erhaltungsguts einen Anspruch auf staatliches Tätigwerden hat und worauf genau sich dieser Anspruch richtet.

Rn. 93) werden nach den Grundsätzen der rechtsverletzenden Entscheidung behandelt. Zu beachten ist in dem Zusammenhang, dass nur der Verband, nicht aber einzelne natürliche Personen als Mitglieder desselben klagebefugt sind.

<sup>95</sup> Anders ist dies bekanntlich im Verwaltungsprozessrecht, wo sowohl bei gänzlicher Untätigkeit als auch bei negativer Bescheidung eines Antrages auf Erlass eines Verwaltungsakts die Verpflichtungsklage (Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) oder Versagungsgegenklage) statthaft ist (*Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 15 Rn. 4 f.). Vorliegend hingegen sind weder die ausdrückliche Ablehnung eines Antrags auf Erlass eines Verwaltungsakts noch der Prozessverlust im Zivilprozess o. ä. Fälle fehlerhafter Untätigkeit. Vielmehr lässt sich beides als positiv vorliegende Entscheidung im vorher beschriebenen Sinne auffassen.

Hat der Inhaber des Erhaltungsguts einen Anspruch auf eine *bestimmte* staatliche Tätigkeit als Ergebnis eines Verfahrens, ist dieses Verfahren durch den Anspruch derart determiniert, dass es als Durchsetzungsverfahren innerhalb des § 34 StGB ohnehin nicht vorrangig ist. Der Einzelne ist damit nicht der rechtswidrigen Untätigkeit des Staates ausgeliefert, sondern kann selbst tätig werden.

Bleibt es hingegen trotz subjektiver Rechtsposition auf Erhaltungsseite beim *Entscheidungs*charakter des Verfahrens, weil der Inhaber des Erhaltungsguts nur einen Anspruch darauf hat, dass die zuständige Stelle *irgendwie* innerhalb eines bestimmten Rahmens tätig wird, d. h. das Verfahren einleitet und durchführt, ohne dass dabei aber ein bestimmtes Ergebnis vorherbestimmt ist (Anspruch auf (ermessens-) fehlerfreie Entscheidung), gelten die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts (oben a) bb)(3)). Wenngleich das Rechtsschutzverfahren, das ein staatliches Tätigwerden erzwingen könnte, als Durchsetzungsverfahren innerhalb des § 34 StGB keinen Vorrang entfaltet, bleibt es auch nach einem (hypothetisch) durchgeführten Rechtsschutzverfahren beim Entscheidungsspielraum der zuständigen Stelle.<sup>96</sup> Zum Schutz dieses Entscheidungsspielraums ist das fragliche Verfahren erst einzuleiten. Aber vorläufige Maßnahmen dürfen ergriffen werden. Deren Hauptanwendungsbereich liegt wie erwähnt in genau dieser Konstellation einer rechtswidrigen, aber an sich vorrangigen Untätigkeit (oben a)bb)(3)(b)).

Handelt es sich aus Sicht des Inhabers des Erhaltungsguts um eine objektiv fehlerhafte Untätigkeit, ohne dass er einen Anspruch auf staatliches Tätigwerden hat, bleibt es – den Entscheidungscharakter des nicht durchgeführten Verfahrens vorausgesetzt – beim Vorrang dieses Verfahrens, ohne dass vorläufige Maßnahmen ergriffen werden dürfen. Die objektiv fehlerhafte Untätigkeit ist genauso zu respektieren wie eine objektiv fehlerhafte (positiv vorliegende) Entscheidung.<sup>97</sup> Anders als beim Entscheidungsvorbehalt bedeutet der Respekt vor objektiv fehlerhafter, aber vorrangiger Untätigkeit für § 34 StGB den vollständigen Ausschluss jeder Rechtfertigung.

### *c) Atypische Fälle als Domäne des § 34 StGB?*

#### *aa) Einleitung*

Aus dem bislang Gesagten in Verbindung mit dem hier vertretenen Staats-, Rechts- und Notstandsverständnis ergibt sich die Ablehnung des in Rechtsprechung und Literatur weit verbreiteten Kriteriums der atypischen und unvorhergesehenen Not- und Katastrophenfälle. Die ganz h. M. macht sowohl vom Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen als auch von der Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren eine Ausnahme zugunsten privater Notstandsbefugnisse, wenn es sich um eine exorbitante oder atypische Gefahr handelt, die von der jeweils vorrangigen Spezialrege-

<sup>96</sup> Im Verwaltungsprozess erginge ein Bescheidungs Urteil nach § 113 Abs. 5 VwGO, vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 26 Rn. 16–25.

<sup>97</sup> Insoweit übereinstimmend *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (571 f.); *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (199).

lung nicht einkalkuliert wurde oder werden konnte.<sup>98</sup> In Fällen, die so atypisch sind, dass die zuständige Stelle sie nicht vorhersehen und regeln konnte, verletzt privates Vorgehen keine staatliche Entscheidungskompetenz.<sup>99</sup> Solche Fälle seien vielmehr „überhaupt die Domäne des rechtfertigenden Notstands.“<sup>100</sup>

An der Grundüberlegung dieses Kriteriums ist zunächst nichts auszusetzen. Ein staatliches Verfahren kann in § 34 StGB nur dann Vorrang entfalten, wenn es auf den konkreten Fall anwendbar ist.<sup>101</sup> Dies wiederum ist v. a. eine Frage der Auslegung der das jeweilige Verfahren betreffenden Regeln<sup>102</sup> und wird im hier entwickelten Ansatz von der Ermittlung des möglicherweise vorrangigen Verfahrens durch eine möglichst enge Annäherung an den konkreten Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsinteresse im Notstand erfasst. Insoweit ist der Ausgangspunkt des Kriteriums atypischer Fälle zur Abgrenzung zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren ebenso zutreffend wie trivial. Sieht man jedoch genauer hin, transportiert das Merkmal ein hier nicht geteiltes Vorverständnis über den rechtfertigenden Notstand und ist deshalb abzulehnen.<sup>103</sup>

### bb) Kritik

Erste Probleme des Kriteriums atypischer Fälle zeigen sich bei einem Vergleich mit den Regeln der Gesetzesauslegung. Das Kriterium fragt danach, ob ein konkreter Einzelfall bei Erlass einer staatlichen Entscheidung „einkalkuliert“ wurde oder er

<sup>98</sup> Bock, ZStW 131 (2019), 555 (568f.); Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (75 ff.); Engländer, JZ 2023, 255 (259); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 252; Greco, ZStW 134 (2022), 1 (87 mit Fn. 439); Lackner/Kühl/Heger, LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58, § 324 Rn. 14; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 13; Jescheck/Weigend, AT, S. 364; Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 81 ff.; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; NK/Neumann, § 34 Rn. 120; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 35; NK/Ransiek, § 324 Rn. 48; KKOWiG/Rengier, § 16 Rn. 42 f.; ders., AT, § 19 Rn. 56; ders., BT II, § 48 Rn. 10; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 253; Richter, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 363; Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann, § 324 Rn. 13; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 51 ff.; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (196); ders., NStZ 1984, 248 (252); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 258–262; Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, S. 67 ff.; Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 125–127; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 220 ff. und 249; LK/Zieschang, § 34 Rn. 127 und 160–161. Zum Schwangerschaftsabbruch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 24; Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218 Rn. 37; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 293; NK/Neumann, § 34 Rn. 123; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 6; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 8; LK/Zieschang, § 34 Rn. 12. Zu BtM-Fällen KG, Urt. v. 25.05.2007 – (3) 1 Ss 36/07 (20/07) –, juris Rn. 2; OLG Köln, Beschl. v. 26.02.1999 – Ss 51/99 – 23 –, juris Rn. 29; BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 21; Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 279.

<sup>99</sup> Coca-Vila, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (75 ff.); Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 127.

<sup>100</sup> Roxin, JuS 1976, 505 (510).

<sup>101</sup> Jakobs, AT, 13/41; vgl. auch Böse, ZStW 113 (2001), 40 (58); Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 270 f.

<sup>102</sup> Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 191 ff.

<sup>103</sup> Kritik auch bei Peters, GA 1981, 445 (460 und 469 f.) in Auseinandersetzung mit Seelmann.

aufgrund seiner Atypizität unvorhersehbar war. Aus Sicht der Methodenlehre erfolgt damit eine historische Auslegung der fraglichen Entscheidung. Man stellt Mutmaßungen darüber an, welche Fälle bei Erlass der Entscheidung einbezogen wurden und welche nicht.<sup>104</sup> Nun ist in der Methodenlehre bekanntlich umstritten, ob Ziel der Gesetzesauslegung die Ermittlung des historischen Willens des Gesetzgebers („subjektive Theorie“) oder des „objektiven Willens“ des Gesetzes („objektive Theorie“) ist.<sup>105</sup> Der Streit entzündet sich v. a. an der Frage, wie mit Situationen umzugehen ist, in denen zwischen Erlass und Anwendung eines Gesetzes ein längerer Zeitraum liegt und sich die Wirklichkeit inzwischen gewandelt hat.<sup>106</sup> Stellt man dabei auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers ab, wird die Anwendung des Gesetzes auf Fälle, die der historische Gesetzgeber gar nicht vorhersehen konnte, zur Rechtsfortbildung.<sup>107</sup> Diese Schlussfolgerung lässt sich auf das Kriterium der atypischen Fälle zur Abgrenzung zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren übertragen.<sup>108</sup> Auch hier ist fraglich, ob ein konkreter Einzelfall bei Erlass einer in § 34 StGB möglicherweise vorrangigen Entscheidung einkalkuliert wurde. Dadurch steigt die Bedeutung des rechtfertigenden Notstands im Verhältnis zu staatlichen Entscheidungen, je älter diese Entscheidungen sind und je weniger vorhersehbar daher die aktuelle Konfliktsituation aus Sicht des historischen Gesetzgebers oder der sonst zuständigen Stelle war. Das illustriert der Fall der Staatsanwaltschaft Mannheim aus dem Jahr 1976 im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Gewässerverunreinigung und Körperverletzung durch privates Ableiten von Abwasser in ein Gewässer.<sup>109</sup> Zwar lagen für die Handlung behördliche Genehmigungen aus den Jahren 1908 und 1921 vor. Die Staatsanwaltschaft hielt diese jedoch für veraltet und berücksichtigte sie deshalb nicht.<sup>110</sup> Vielmehr stellte sie eine *eigene* Interessenabwägung an und verneinte eine Notstandsrechtfertigung. Allgemein wird § 34 StGB mit dem Kriterium atypischer Fälle also zu einer Art gesetzlichen Ermächtigung zur Rechtsfortbildung.<sup>111</sup>

Dabei handelt es sich nicht nur um eine Frage der zeitlichen Grenzen der Verbindlichkeit einer Entscheidung. Mit dem Kriterium atypischer Fälle geht man allgemein davon aus, dass es Konflikte gibt, zu deren Bewältigung eine (u. U. vorrangige) staatliche „Kompetenzordnung“ nicht existiert und vorrangige Konfliktregelungen feh-

<sup>104</sup> Ähnlich *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 185 ff.; siehe auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (75 mit Fn. 89); deutlich etwa bei *Richter*, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 324 f. und 362; *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 126 f. und 156 f.

<sup>105</sup> Zum Streit *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 796 ff.

<sup>106</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 797.

<sup>107</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 720–722, 813, § 23 Rn. 831 m. w. N.

<sup>108</sup> Zur Begründung der Atypizität eines Falls aus *zeitlichen* Gründen *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (75 ff.).

<sup>109</sup> StA bei dem LG Mannheim, NJW 1976, 585; zum Fall oben B.II.4.b)aa), S. 41 ff. und unten E.III.3.a)aa), S. 396 ff.

<sup>110</sup> Kritisch *Wernicke*, NJW 1976, 1223 f.

<sup>111</sup> Das ist Ziel bei *Roxin*, JuS 1993, 505 (510). Freilich ist § 34 StGB Teil des Rechts, weshalb eher von *Rechtsfortbildung im Gewande der Rechtsanwendung* geredet werden könnte.

len.<sup>112</sup> Hier lebt die Vorstellung eines rechtsfreien Raums, in dem die Rechtsordnung auf eine Normierung verzichtet bzw. aufgrund der Unvorhersehbarkeit der Fälle auf eine Normierung verzichten muss, wieder auf.<sup>113</sup> Außerdem überträgt dies die Idee eines *staatlichen Ausnahmezustands* „im Hinblick auf neue und außergewöhnliche, in den Regelungen nicht vorantizipierte Gegebenheiten“<sup>114</sup> auf § 34 StGB.<sup>115</sup> In solchen Ausnahmefällen soll, so *Böckenförde*, die staatliche Kompetenzordnung nicht gelten und sich der Staat seiner rechtlichen Bindungen entledigen dürfen.<sup>116</sup> Atypische Fälle stellen mit der h. M. eine Ausnahme zum Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB dar, weil sie nicht vorhersehbar und deshalb auch nicht regelbar und nicht von der „normalen“ Kompetenzordnung umfasst sind. Der Notstandstäter befindet sich mithin im rechts- und staatsfreien Raum – er fällt zurück in den Naturzustand.<sup>117</sup>

Insgesamt scheint das Kriterium des atypischen Falles das umzuformulieren, was sich der jeweilige Rechtsanwender im Vorfeld unter einem „Notstand“ vorstellt. Dass das „*atypische Rechtsinstitut*“<sup>118</sup> des § 34 StGB trotz eines grundsätzlichen Vorrangs staatlicher Verfahren *atypische Fälle* erfassen soll, liegt nahe. Aus Sicht des Regelfalles ist jeder Notstandsfall ein atypischer Fall, und Besonderheiten, die den Einzelfall zum atypischen Fall machen, finden sich immer.<sup>119</sup> Wenn das Ergebnis unter Beachtung staatlicher Verfahren nicht den Erwartungen entspricht, wird der Fall zu einem atypischen erklärt und nach § 34 StGB entschieden.<sup>120</sup> Damit fungiert das Kriterium als eine Art Hintertür für alle auf den ersten Blick noch so strengen Auffassungen zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren. Das behandelt § 34 StGB nicht nur als Ermächtigung zur Rechtsfortbildung, sondern – aller Abgrenzungsversuche zur Gesamtabwägungslehre zum Trotz – noch immer als über-gesetzlichen Rechtfertigungsgrund und Brücke zwischen Recht und Politik/Moral.<sup>121</sup>

Anders der hier entwickelte Ansatz: Oben wurde deutlich, dass innerhalb des rechtfertigenden Notstands irgendein staatliches Verfahren immer vorrangig ist (siehe a)aa(3)).<sup>122</sup> Wenn also ein bestimmtes Verfahren keinen Vorrang entfaltet – weil

<sup>112</sup> So *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 39; differenzierend aber ebd., S. 94 ff.

<sup>113</sup> Dazu *Arthur Kaufmann*, FS Maurach, S. 327 (330); zur Diskussion oben D.II.4.c)cc(3), S. 280 ff. m. w. N.

<sup>114</sup> *Böckenförde*, NJW 1978, 1881 (1885).

<sup>115</sup> Zur Rolle des § 34 StGB in dem Zusammenhang *Lübbe-Wolff*, ZParl 11 (1980), 110 (111–117); zur Diskussion oben D.II.4.c)bb(3)(b), S. 268 ff. m. w. N.

<sup>116</sup> *Böckenförde*, NJW 1978, 1881 (1885 f.).

<sup>117</sup> Zur Kritik hieran oben D.II.4.c)cc(3), S. 280 ff.

<sup>118</sup> Vgl. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 29 in Bezug auf die sonst primär am Autonomiegedanken ausgerichtete Rechtsordnung; im Original ohne Hervorhebung.

<sup>119</sup> Darauf, dass es keine brauchbaren Kriterien für die Grenzziehung gibt, weist in ähnlichem Zusammenhang auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 205 hin.

<sup>120</sup> *Peters*, GA 1981, 445 (471).

<sup>121</sup> Kritik hieran oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.

<sup>122</sup> Dies stellt wie gesehen lediglich eine Fortführung der Erkenntnis, dass mit jeder Notstandstat ein staatliches Verfahren – und sei es nur das Vorgehen nach der polizeilichen Generalklausel – konkurriert (dazu nochmals *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319 f.)

es keinen wesentlichen Spielraum ausfüllt oder schon sachlich nicht einschlägig ist –, wird im hiesigen Ansatz immer ein anderes Verfahren vorrangig sein. Hier realisiert sich die Einsicht, dass der Rechtsstaat des GG keine rechtlich unregulierten Bereiche kennt (Art. 2 Abs. 1 GG) und insbesondere das Demokratieprinzip eine Kompetenzordnung schafft, die nicht aufgrund atypischer Ausnahmesituationen suspendiert werden kann. Dass die Behandlung der „Normalfälle“ mit demokratisch legitimierten Entscheidungen übereinstimmen muss, die Beurteilung der oft ungleich kontroverseren atypischen Fälle jedoch der Willkür des Täters oder Rechtsanwenders überlassen werden soll (mit der bekannten Drittwirkung für das Eingriffsopfer), ist schwer einzusehen.<sup>123</sup>

### *cc) Verzicht auf das Merkmal*

Trotz der soeben formulierten Kritik an den Prämissen des vielfach vertretenen Kriteriums atypischer Ausnahmefälle stimmen die in dieser Arbeit ermittelten Ergebnisse häufig mit solchen überein, die sich auch mit der h. M. erzielen lassen. Im Verweis auf den Anwendungsbereich eines Verfahrens liegt ein wahrer Kern des Kriteriums. Allerdings schließt die h. M. von der Unanwendbarkeit eines bestimmten staatlichen Verfahrens auf eine unbegrenzte private Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz. Das verwechselt aber aus Sicht des hier entwickelten Konzepts den Singular (Vorrang eines bestimmten staatlichen Verfahrens) mit dem Plural (Vorrang staatlicher Verfahren). Weil die Frage nach der Anwendbarkeit eines staatlichen Verfahrens auf den konkreten Notstandskonflikt auch im hier entwickelten Ansatz erfasst wird, kann und sollte auf das Kriterium atypischer und unvorhergesehener Not- und Katastrophenfälle daher verzichtet werden.

### *d) Zusammenfassung*

Nach der Je-desto-Formel ist ein sachlich einschlägiges Verfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig, wenn es wegen der relativen Offenheit seines Ergebnisses ein Verfahren zur Herstellung einer eigenen Entscheidung und nicht nur zur Durchsetzung einer bereits feststehenden fremden Entscheidung ist. Das ist der Fall, wenn das Verfahren einen wesentlichen Spielraum ausfüllt. Ein solcher Spielraum kann sich ergeben aus einer Unbestimmtheit der rechtlichen Vorgaben, aus einer Vielzahl zulässiger Maßnahmen auf Rechtsfolgenseite oder aus tatsächlichen Unklarheiten in Bezug auf den maßgeblichen Sachverhalt.

Wurde das demnach vorrangige Verfahren bereits durchlaufen und endete es mit einer Entscheidung, sind solche Notstandshandlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit dieser Entscheidung übereinstimmen und selbst keine wesentlichen Spielräume mehr ausfüllen, sondern sich als Durchsetzung der vorrangigen

---

dar. Schon mit dieser Einsicht lässt sich das Kriterium atypischer Fälle kritisieren: Dass ein Fall aus Sicht der polizeilichen Generalklausel atypisch ist, ist nahezu ausgeschlossen.

<sup>123</sup> Gedanke auch bei *Arthur Kaufmann*, FS Maurach, S. 327 (338), jedoch ablehnend.

Entscheidung darstellen (Entscheidungs-vorrang). Wurde das aufgrund der Entscheidungsqualität seines hypothetischen Ergebnisses an sich vorrangige Verfahren noch nicht durchgeführt, gilt ein Verfahrensvorbehalt: Das Verfahren muss eingeleitet werden, und vorher darf man nicht nach § 34 StGB vorgehen. Ausnahmsweise können allerdings vorläufige Maßnahmen nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, die die Offenheit des Verfahrens erhalten. Differenziert zu beurteilen sind Fälle fehlerhafter, also formell oder materiell rechts- oder verfassungswidriger Verfahren und Verfahrensergebnisse. Hier sind zusätzlich die Folgen eines solchen Fehlers und die rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten des Notstandstäters bzw. des Inhabers des Erhaltungsguts außerhalb des § 34 StGB maßgeblich (erweiterte Je-desto-Formel). Bei unwirksamen Entscheidungen gelten die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts. Diese greifen auch dann, wenn eine Entscheidung zwar wirksam, aber auf Veranlassung des Inhabers des Erhaltungsguts aufhebbar ist. Ist das nicht der Fall, gilt trotz der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens ein Entscheidungsvorrang. Schließlich richten sich auch die Befugnisse bei fehlerhafter Untätigkeit nach den Entscheidungsspielräumen des Staates und den Möglichkeiten des Inhabers des Erhaltungsguts, außerhalb des § 34 StGB ein staatliches Tätigwerden zu erzwingen.

### 3. Anwendung auf Beispiele

Diese Maßstäbe sollen nun auf Beispiele angewendet werden. Die Fälle und ihre Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur sind ausführlich im zweiten Kapitel beschrieben (oben B, S. 9 ff.).

#### a) Vorrang staatlicher Entscheidungen auf verschiedenen Ebenen

##### aa) Ökonomie und Ökologie; Bilgenentöler

Die Anwendung der Je-desto-Formel auf Ebene *behördlicher* Verfahren verdeutlichen die Fälle zur Kollision zwischen wirtschaftlichen Interessen und Umwelt- und Gesundheitsschutz.<sup>124</sup> Jeweils beeinträchtigte der Täter zur Aufrechterhaltung der Produktion eines Unternehmens und zum Erhalt der dortigen Arbeitsplätze die Umwelt (konkret: Wasser und Luft) als natürliche Lebensgrundlage des Menschen<sup>125</sup> und teils auch die Gesundheit der Anwohner eines Betriebs, indem er z.B. verschmutztes Abwasser des Betriebs in ein Gewässer einleitete<sup>126</sup> oder der Betrieb giftige Dämpfe emittierte.<sup>127</sup> Fraglich war eine Rechtfertigung nach § 34 StGB.

<sup>124</sup> Dargestellt oben B.II.4.b), S. 40 ff. und B.II.5, S. 51 f.

<sup>125</sup> Zum herrschenden ökologisch-anthropozentrischen Ansatz im Umweltstrafrecht *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 43 ff.; dort Rn. 24–46 allgemein zum Streit um die Rechtsgüter im Umweltstrafrecht.

<sup>126</sup> BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris Rn. 23; OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris; StA bei dem LG Mannheim, NJW 1976, 585.

<sup>127</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938.

Was die Notstandslage angeht, liegen nach hier vertretener Ansicht mit den wirtschaftlichen Produktionsinteressen des Unternehmens und den Interessen der Arbeitnehmer am Erhalt ihrer Arbeitsplätze notstandsfähige Rechtsgüter vor.<sup>128</sup> V. a. mit Blick auf die wirtschaftliche und persönliche Bedeutung der Arbeit für den Einzelnen ist das Interesse am Erhalt des eigenen Arbeitsplatzes vielerorts rechtlich anerkannt,<sup>129</sup> weshalb Einschränkungen an dieser Stelle abzulehnen sind.<sup>130</sup> Das wesentliche Überwiegen des Erhaltungsinteresses unterstellt, gelangt man im Rahmen der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB zum Vorrang staatlicher Verfahren. Als vorrangige Verfahren kommen verschiedene umweltrechtliche Genehmigungsverfahren in Betracht. Im Folgenden wird das Verfahren zur Erteilung einer immissionschutzrechtlichen Anlagengenehmigung nach § 4 BImSchG<sup>131</sup> und zur Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis nach § 8 WHG herausgegriffen. Diese Verfahren betreffen neben dem Konflikt zwischen Umweltschutz und Wirtschaft auch die Gesundheit der Menschen (vgl. etwa § 1 Abs. 1 BImSchG)<sup>132</sup> und entfalten daher in den konkreten Fällen möglicherweise Vorrang innerhalb des § 34 StGB.

Fräglich ist, ob es sich bei den Verfahren um Entscheidungsverfahren im Sinne der Je-desto-Formel handelt. Das richtet sich danach, ob ihr Ausgang bereits aufgrund anderer Entscheidungen hinreichend vorherbestimmt oder aber vor ihrer Durchführung noch in wesentlichen Punkten offen ist. Die Erteilung einer für das Einleiten von Abwasser nach § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG erforderlichen Erlaubnis steht nach § 12 Abs. 2 WHG im „Bewirtschaftungsermessen“ der Behörde.<sup>133</sup> Damit ist der Ausgang des Genehmigungsverfahrens gesetzlich nicht umfassend vorherbestimmt. Die Genehmigung setzt nicht allein Vorgaben des WHG durch, sondern ist in wesentlichen Teilen *auch* eine eigene Entscheidung der zuständigen Behörde. Das wasserrechtliche Genehmigungsverfahren ist also nach den Regeln der Je-desto-Formel innerhalb § 34 StGB vorrangig.

Die Einordnung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens fällt weniger leicht, weil § 6 Abs. 1 BImSchG eine *Pflicht* der Behörde zur Erteilung einer anlagenbezogenen Genehmigung statuiert, sofern alle Tatbestandsvoraussetzungen

---

<sup>128</sup> Anders NK/Neumann, § 34 Rn. 26; *ders.*, in: Dubber/Hörnle (Hrsg.), Oxford Handbook of Criminal Law, S. 583 (595); offenbar auch BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris Rn. 24.

<sup>129</sup> Siehe zur Bedeutung des Art. 12 GG etwa BVerfGE 30, 292 (334); ausführlich zur Bedeutung der Arbeit für den Einzelnen Richter, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 23–68.

<sup>130</sup> Ebenso z. B. BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938, Rn. 6; StA bei dem LG Mannheim, NJW 1976, 585 (586); Kühn, AT, § 8 Rn. 28; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 9; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 12; Richter, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 271 und passim; Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 158.

<sup>131</sup> Hier wird freilich nicht die Immission selbst, sondern die Errichtung und der Betrieb der Anlage genehmigt.

<sup>132</sup> Siehe auch Jarass, § 1 BImSchG Rn. 5.

<sup>133</sup> Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, § 14 Rn. 187–189; Peine, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht II, § 48 Rn. 121.

gegeben sind.<sup>134</sup> Dadurch scheint das Verfahren nur die immissionsschutzrechtlichen Entscheidungen des Umweltgesetzgebers durchzusetzen. Folglich wäre das Genehmigungsverfahren nicht vorrangig.<sup>135</sup> Allerdings ist die Einräumung behördlichen Ermessens nur *eine* Möglichkeit zur Begründung des Entscheidungscharakters einer staatlichen Tätigkeit. Im immissionsschutzrechtlichen Zusammenhang sind von der Behörde vielerlei tatsächliche Feststellungen zu treffen und unbestimmte Rechtsbegriffe auszufüllen. Auch besteht Ermessen bei der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen von gesetzlichen Vorgaben (etwa § 31 BauGB).<sup>136</sup> Daher ist auch das Ergebnis des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens relativ offen und das Verfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig.

Daraus folgt: Sofern das jeweils einschlägige Verfahren noch nicht durchlaufen wurde, wie etwa im Fall des Unternehmens, das die bei der Herstellung von Flaschenverschlüssen entstehenden Dämpfe freisetzt,<sup>137</sup> ist das Verfahren erst einzuleiten und sein Ergebnis abzuwarten, bevor nach § 34 StGB vorgegangen werden darf (Verfahrensvorbehalt).<sup>138</sup> Eine Emission der Dämpfe ist jedoch als vorläufige Maßnahme zur Erhaltung der Offenheit des Genehmigungsverfahrens zulässig, wenn ein Anspruch auf fehlerfreie Entscheidung besteht und andernfalls – um ein extremes Beispiel zu nennen – der Betrieb explodieren und sich die Genehmigungserteilung daher erledigen würde.<sup>139</sup> Das entspricht dem, was manchen Stimmen in der Literatur als atypische und exorbitante Not- oder Katastrophenfälle vorschwebt.<sup>140</sup> Das-

<sup>134</sup> Vgl. *Jarass*, § 6 BImSchG Rn. 45; *Mefers Schmidt*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht II*, § 46 Rn. 48 und allgemein ebd., § 45 Rn. 20.

<sup>135</sup> Sieht man das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren als bloßes Durchsetzungsverfahren an, schreitet die Prüfung auf der nächst-höheren Ebene des demokratischen Gesetzgebungsverfahrens fort. Dieses entfaltet aufgrund der geringen Determinierung durch das Verfassungsrecht Vorrang in § 34 StGB. Dann wären all jene Notstandshandlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit den gesetzgeberischen Entscheidungen übereinstimmen. Der Notstandstäter dürfte daher bei Vorliegen der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen selbst tätig werden, ohne dass er auf die positive behördliche Erteilung der Genehmigung angewiesen wäre. Davon scheint der BGH auszugehen, vgl. BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938, Rn. 8. Zumindest *auch* auf die Entscheidungskompetenz *des Gesetzgebers* stellen ab: MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 250 ff.; Kühl, AT, § 8 Rn. 176; Lackner/Kühl/Heger, § 324 Rn. 14; LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58 f.; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 13, § 325 Rn. 25, § 326 Rn. 16; Jakobs, AT, 13/42; Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232; NK/Ransiek, § 324 Rn. 48; Rengier, AT, § 19 Rn. 56; ders., BT II, § 48 Rn. 10; Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann, § 324 Rn. 13; Rudolphi, NSTZ 1984, 193 (196); ders., NSTZ 1984, 248 (253); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 262.

<sup>136</sup> *Jarass*, § 6 BImSchG Rn. 46; *Kloepfer*, Umweltrecht, § 15 Rn. 407, aber auch ebd. Rn. 856 f. m. w. N.

<sup>137</sup> BGH, Urt. v. 13.03.1975 – 4 StR 28/75 –, WKRS 1975, 11938.

<sup>138</sup> Allgemein LK/Möhrenschröder, § 324 Rn. 80.

<sup>139</sup> Erwähnt auch bei *Frisch*, FS Puppe, S. 425 (448).

<sup>140</sup> Vgl. MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 252; Lackner/Kühl/Heger, § 324 Rn. 14; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 13; LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58; NK/Neumann, § 34 Rn. 120; NK/Ransiek, § 324 Rn. 48; Rengier, BT II, § 48 Rn. 10; Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann, § 324 Rn. 13; Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 262.

selbe gilt im Bilgenentöler-Fall.<sup>141</sup> Auch hier hätte der Angeklagte zuerst eine Genehmigung nach WHG beantragen müssen und durfte vor Abschluss dieses Verfahrens nicht eigenmächtig tätig werden.<sup>142</sup>

Wurde hingegen das einschlägige Genehmigungsverfahren bereits durchgeführt, entfaltet die behördliche Entscheidung über die Genehmigungserteilung Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Dann sind nur solche Handlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit dieser Entscheidung übereinstimmen (Entscheidungsvorrang). Wird die Genehmigung *rechtmäßig versagt*, bindet dies also den Notstandstäter und eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheidet aus. Eine *rechtswidrige Versagung* der Genehmigung ist nach den Grundsätzen fehlerhafter Verfahren zu lösen: Hat der Antragsteller einen Anspruch auf eine fehlerfreie Entscheidung, ist er zu vorläufigen Maßnahmen befugt. Wurde schließlich eine Genehmigung *erteilt*, so ist jede Handlung, die mit dieser Entscheidung übereinstimmt, angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB.<sup>143</sup> Geht man davon aus, dass im Fall der Staatsanwaltschaft Mannheim<sup>144</sup> das Einleiten von Abwasser in ein Gewässer mit den – noch wirksamen<sup>145</sup> – Genehmigungen aus den Jahren 1908 und 1921 übereinstimmte, wäre eine Strafbarkeit des Beschuldigten also bereits mangels Rechtswidrigkeit (nicht erst infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums) ausgeschlossen gewesen. Die Genehmigungen im Ermittlungsverfahren nicht zu beachten, weil die Staatsanwaltschaft sie für veraltet hielt, war daher falsch.<sup>146</sup> Wurde zwar eine Genehmigung erteilt, jedoch deren Grenzwerte vom Betroffenen nicht eingehalten, folgt aus dem Vorrang der Genehmigungsentscheidung die Unangemessenheit entsprechender Handlungen im Sinne des § 34 S. 2 StGB.<sup>147</sup> Dass die Einhaltung der Grenzwerte die wirtschaftliche Existenz der Unternehmen gefährdet hätte,<sup>148</sup> ist irrelevant, weil gerade dies im umweltrechtlichen Verfahren zu beurteilen gewesen wäre.<sup>149</sup> Der Hinweis in Teilen der Literatur, solche und ähnliche Belange würden in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren oder im Umweltrecht nicht (abschließend) einkalkuliert,<sup>150</sup> führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Selbst wenn dies zuträfe,<sup>151</sup> läge diesem Umstand

<sup>141</sup> LG Bremen, NStZ 1982, 164.

<sup>142</sup> So auch *Möhrenschlager*, NStZ 1982, 165 (166).

<sup>143</sup> Auf § 34 StGB kommt es dann nur bzgl. der Körperverletzungen an, weil die Genehmigungserteilung eine Strafbarkeit aufgrund etwaiger Umweltdelikte von selbst ausschließt. Zur Reichweite der behördlichen Genehmigung allgemein *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 121 f.

<sup>144</sup> StA bei dem LG Mannheim, NJW 1976, 585.

<sup>145</sup> Dass ein Verwaltungsakt allein durch Zeitablauf unwirksam wird (sich erledigt, § 43 Abs. 2 VwVfG), bedarf besonderer Gründe, siehe *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, § 43 VwVfG, Rn. 204 ff.; beachte auch §§ 20, 21 WHG.

<sup>146</sup> So auch *Wernicke*, NJW 1976, 1223 f.

<sup>147</sup> Ebenso *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 126.

<sup>148</sup> So etwa der Angeklagte bei OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris Rn. 30.

<sup>149</sup> *Saliger*, Umweltstrafrecht, Rn. 262.

<sup>150</sup> *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 154 ff.

<sup>151</sup> Dagegen spricht, dass nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG, die im Anschluss an eine Genehmigung getroffen werden, gemäß § 17 Abs. 2 BImSchG *verhältnismäßig* sein müssen,

eine Entscheidung des Gesetzgebers zugrunde. Dass bestimmte Belange *nicht* berücksichtigt wurden, rechtfertigt für sich genommen noch keine Umgehung des Verfahrens, sondern wird erst dann relevant, wenn die Belange aus Rechtsgründen *hätten berücksichtigt werden müssen*. Die Entscheidung, welche Belange in eine Beurteilung einzustellen sind, ist nicht Sache des einzelnen Rechtsanwenders oder Notstandstäters.<sup>152</sup> Eine Notstandsrechtfertigung in den vom OLG Stuttgart<sup>153</sup> und vom BGH<sup>154</sup> entschiedenen Fällen wurde daher zu Recht abgelehnt.

Die vorstehenden Fälle illustrieren, wie mithilfe der Je-desto-Formel die *behördliche* Entscheidungsbefugnis geschützt wird. Dieses Ziel verfolgt auch ein Großteil der Literatur.<sup>155</sup> Der Konflikt zwischen Ökonomie und Ökologie wird innerhalb des einschlägigen behördlichen Genehmigungsverfahrens gelöst und steht einer hiervon abweichenden Einschätzung durch den Einzelnen oder den Strafrichter (oder die Staatsanwaltschaft) nicht offen. Wer das Problem innerhalb der Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB löst,<sup>156</sup> missachtet diese Entscheidungskompetenz, weil eine eigene Abwägung getroffen und die staatliche Entscheidung nicht (oder nicht hinreichend) berücksichtigt wird. Zudem verspricht eine Abwägung zwischen den Interessen am Erhalt der Arbeitsplätze und der Aufrechterhaltung der Produktion auf der einen und dem Interesse der Anwohner an ihrer Gesundheit und der Menschheit insgesamt am Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen auf der anderen Seite wenig Rechtssicherheit.<sup>157</sup>

#### bb) Klimaschutz und ziviler Ungehorsam

Die nächste Konstellation betrifft insbesondere das *demokratische* Verfahren und die Fragen rund um Klimaproteste. Weil es sich bei Sitzblockaden, dem Ankleben auf Fahrbahnen, der Besetzung von Kohlekraftwerken, Schaufelbaggern zum Braunkohleabbau oder zu fällender Bäume, der Bemalung schweizerischer Banken oder deutscher Universitäten usw. häufig um Fälle zivilen Ungehorsams handelt,<sup>158</sup> dienen die

---

wobei insbesondere die wirtschaftlichen Belastungen für den Betreiber zu berücksichtigen sind, siehe *Jarass*, § 17 BImSchG Rn. 45.

<sup>152</sup> Vgl. auch *Möhrenschlager*, NStZ 1982, 165.

<sup>153</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 12.04.1976 – 3 Ss 501/75 –, juris Rn. 31–34.

<sup>154</sup> BGH, Urt. v. 20.11.1996 – 2 StR 323/96 –, juris Rn. 24.

<sup>155</sup> Lackner/Kühl/Heger, § 324 Rn. 14; LK/Heghmanns, § 324 Rn. 58 f.; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm, § 324 Rn. 13, § 325 Rn. 25, § 326 Rn. 16; Jakobs, AT, 13/42; Kühl, AT, § 8 Rn. 176 f.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 232; NK/Ransiek, § 324 Rn. 48; Rengier, AT, § 19 Rn. 56; ders., BT II, § 48 Rn. 10; Matt/Renzikowski/Rettenmaier/Gehrmann, § 324 Rn. 13; Rudolphi, NStZ 1984, 193 (196); ders., NStZ 1984, 248 (253); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 260–262.

<sup>156</sup> So neben der zitierten Rechtsprechung MüKoStGB/Alt, § 324 Rn. 86; Michalke, Umweltstrafsachen, Rn. 107; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 90; Späth, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 152–163.

<sup>157</sup> Weiteres hierzu bei Merkel, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 171 (192 f.); vgl. auch Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 70.

<sup>158</sup> Schon hier a. A. AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 25.

Beispiele zugleich der abschließenden Beurteilung dieses Problembereichs.<sup>159</sup> Die Tatbestandsmäßigkeit solcher Protestaktionen für hiesige Zwecke unterstellt (z. B. §§ 113, 123, 240, 303 StGB),<sup>160</sup> ist fraglich, ob sie nach § 34 StGB gerechtfertigt werden können.

Infolge des hier vertretenen Rechtsgutsbegriffs bei § 34 StGB handelt es sich beim Ist-Zustand des globalen Klimas um ein notstandsfähiges Rechtsgut.<sup>161</sup> Denkbar sind angesichts des Klimabeschlusses des BVerfG (dazu sogleich) auch die Grundrechte künftiger Generationen als notstandsfähige Individualrechtsgüter.<sup>162</sup> Bejaht man das Vorliegen einer Notstandslage,<sup>163</sup> ist die Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr, d. h. die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Notstandshandlung, problematisch. Die Besetzung eines Schaufelbaggers oder das Ankleben auf einer Fahrbahn löst noch nicht die Klimakrise.<sup>164</sup> Überlegungen zur Überwindung dieser Hürde, beispielsweise unter Berufung auf eine im Vergleich zu nicht tatbestandsmäßigen Meinungsäußerungen oder Versammlungen erhöhte Appellfunktion für die politische Öffentlichkeit,<sup>165</sup> scheinen im Zusammenhang mit § 34 StGB stark vom poli-

<sup>159</sup> Siehe schon oben B.III.3.b)aa), S. 63 ff. und D.II.3.d)dd), S. 249 ff.

<sup>160</sup> Zu den Problemen etwa *Homann*, JA 2023, 554 ff.; *Lund*, NSTZ 2023, 198 ff.; *Preuß*, NZV 2023, 65 ff.; *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 210 ff.; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 ff.

<sup>161</sup> In Anlehnung an das Rechtsgut des § 324 StGB, vgl. etwa *NK/Ransiek*, § 324 Rn. 13; zur Atmosphäre als strafrechtliches Schutzgut allgemein *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 (8 ff.); siehe auch *dies.*, GA 2023, 63 (68 f.); kritisch *Engländer*, JZ 2023, 255; *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 (18); vgl. für die Schweiz auch *Payer*, sui-generis 2020, 226 (230 f.). Denkbar wäre auch das „menschengerechte Klima“ als Erhaltungsgut, siehe OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 26–29; *Busche*, KlimR 2023, 103 (105); *Magnus*, JR 2024, 9 (10); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (404); ausführlich *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 (446 ff.); ähnlich *Sarfranz*, in: *Satzger/v. Maltitz* (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 541 (550 f.); *R. Schröder*, GA 2023, 632 (635). Auch der Klimaschutz selbst wird teils als Rechtsgut angesehen, vgl. AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 107; AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 17; *Zieschang*, JR 2023, 141 (143); dazu aber *Engländer*, JZ 2023, 255 (256): sprachliche Ungenauigkeit.

<sup>162</sup> AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 109; AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris Rn. 17; ebenso *Engländer*, JZ 2023, 255 (257); *Magnus*, JR 2024, 9 (10); dazu auch *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 (448 f.).

<sup>163</sup> Zur gegenwärtigen Gefahr OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 30–37; *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 481 (485 f.); *Magnus*, JR 2024, 9 (10 f.); *R. Schröder*, GA 2023, 632 (636); kritisch schon hier *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 (32 f.).

<sup>164</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 29.07.2022 – 2 Ss 91/22 –, juris Rn. 6; AG Recklinghausen, Urt. v. 12.08.2021 – 32 –s – 33 Js 486/–0 – 125/21 –, juris Rn. 29; AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 112 f.; AG München, Urt. v. 16.09.2022 – 851 Cs 113 Js 124160/22 –, juris Rn. 17; differenzierend OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 44–47; vgl. auch *Botta*, VerwArch 114 (2023), 206 (233); *Engländer*, JZ 2023, 255 (257 f.); *Erb*, NSTZ 2023, 577 (581); *Kubiciel*, JZ 2024, 167 (172); *Kühne/Kühne*, StV 2023, 560 (563 und 565); *Payer*, sui-generis 2020, 226 (234 f.); „Tropfen auf den heißen Stein“, *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114); *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 (18 f.); *Schneider*, ZJS 2022, 928 (931); *Zerbes*, in: *Satzger/v. Maltitz* (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 503 (521 f.); zum Problem ausführlich *Coca-Vila*, Res Publica 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y>, S. 1 (6 ff.); *Hortler/Zimmermann*, GA 2023, 440 (453 ff.); *dies.*, GA 2023, 481 (486 ff.); allgemein *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 110 m. w. N.

<sup>165</sup> Etwa bei *Bönte*, HRRS 2021, 164 (168–171); *Gätsch*, KlimR 2023, 141 (145); *R. Schröder*, GA

tisch gewünschten Subsumtionsergebnis und von Wahrscheinlichkeitsüberlegungen aus Natur- und Politikwissenschaft abhängig zu sein. Das kann jedoch dahingestellt bleiben. Die Notstandsrechtfertigung scheidet nämlich am Vorrang staatlicher Verfahren innerhalb der Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB. Als vorrangiges staatliches Verfahren kommt insbesondere das demokratische Verfahren (politische Wahl, Petitionen, Gesetzgebung usw.) in Betracht.<sup>166</sup> Dieses ist vorrangig, wenn sein Ausgang nicht bereits hinreichend vorprogrammiert ist, dem Gesetzgeber also ein wesentlicher Entscheidungsspielraum zusteht.

Bereits die allgemeine Auseinandersetzung mit dem zivilen Ungehorsam ergab, dass außer-rechtliche Normen, etwa moralischer Natur, keinen unmittelbar-zwingenden Einfluss auf das demokratische Verfahren und dessen Ausgang haben.<sup>167</sup> Dass der Kampf gegen die globale Erwärmung aus politisch-moralischer Sicht für wichtig und gesetzgeberische Maßnahmen für unzureichend gehalten werden, ist für sich genommen rechtlich irrelevant.<sup>168</sup> Das gilt auch für die Frage, ob staatliche Stellen Maßnahmen zum Klimaschutz systematisch verweigern<sup>169</sup> oder „der Rechtsstaat in seiner Funktion, die Freiheitsräume der Einzelnen zur Sicherung der Freiheit aller abzugrenzen“ als „Inhaber des Gewaltmonopols“ scheidet.<sup>170</sup> Auch dies hängt allein von der politisch-moralischen Ansicht der Diskutanten darüber ab, welches Ergebnis die staatlichen Verfahren erzielen *müssen*.<sup>171</sup> All das ist kein Ausdruck eines „autoritären Legalismus“<sup>172</sup> oder der „awfulnes of lawfulnes“,<sup>173</sup> sondern alles andere würde das Demokratieprinzip unterlaufen.<sup>174</sup> Daher ist auch der Vorschlag einer an Art. 20

---

2023, 632 (636 ff., 641 f.); siehe auch *Rogers*, NZJPIL 13 (2015), 179 ff. mit einem Vergleich zwischen einer Bekämpfung des Klimawandels innerhalb und außerhalb der Institutionen. Dieser Gering-schätzung der politischen Reichweite *friedlicher Proteste* kann mit Blick auf Demonstrationen der Fridays for Future-Bewegung widersprochen werden. Offen gegenüber der Einbeziehung der politischen Dimension in die Geeignetheit weiterhin *Homann*, JA 2023, 649 (651); *Magnus*, JR 2024, 9 (11 f.); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (405); kritisch *Engländer*, JZ 2023, 255 (258); *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 481 (487 ff.); *Zieschang*, JR 2023, 141 (144).

<sup>166</sup> *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 (19 f.); vgl. auch *Busche*, KlimR 2023, 103 (105 f.); *Engländer*, JZ 2023, 255 (259); *Erb*, NStZ 2023, 577 (581 f.); *Heinig*, NK 2023, 231 (243); *Homann*, JA 2023, 649 (653); *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 481 (494 f.); *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, 885 (889 f.); *Kühne/Kühne*, StV 2023, 560 ff.; *Zieschang*, JR 2023, 141 (146); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (405 f.); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 213 und 259 ff.; a. A. *Deißner*, StV 2023, 547 (557 f.).

<sup>167</sup> Siehe oben D.II.3.d)dd), S. 249 ff.

<sup>168</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 162.

<sup>169</sup> Dazu aber *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 481 (495); *R. Schröder*, GA 2023, 632 (639 ff. und 648); ähnlich *Magnus*, JR 2024, 9 (15 f.). Ab welchem Grad an Unzulänglichkeit staatlicher Maßnahmen von einer systematischen Verweigerung auszugehen ist, bleibt wohl dem Einzelnen überlassen.

<sup>170</sup> So *Zerbes*, in: Satzger/v. Maltitz (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 503 (519).

<sup>171</sup> Ähnlich *Erb*, NStZ 2023, 577 (582).

<sup>172</sup> So *Habermas*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29; aufgegriffen z. B. von *Leitmeier*, HRRS 2023, 70 ff.

<sup>173</sup> So *Rogers*, NZJPIL 13 (2015), 179 (180, 185 und passim).

<sup>174</sup> Allgemein nochmals *Jakobs*, AT, 15/5b.

Abs. 4 GG angelehnten „widerstandsähnlichen Lage“<sup>175</sup> zur Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams abzulehnen.<sup>176</sup> Zu Recht wird stattdessen auch im Zusammenhang mit Klimaaktivisten darauf hingewiesen, dass bzgl. der zur Bekämpfung des Klimawandels erforderlichen Maßnahmen nicht die Vorstellungen Einzelner ausschlaggebend seien, sondern über den Maßnahmenkatalog im demokratischen Verfahren entschieden werde.<sup>177</sup> Im Vorrang staatlicher Verfahren als Merkmal der Angemessenheit im Sinne des § 34 S. 2 StGB verbindet sich also die dogmatische und die rechts- und demokratietheoretische Seite der Beurteilung des zivilen Ungehorsams.<sup>178</sup> Eine Vorprogrammierung des demokratischen Verfahrens, die eine Einordnung desselben als Durchsetzungsverfahren begründen würde, kann sich also nicht aus der politisch-moralischen Anschauung der Klimaaktivisten, sondern allenfalls aus höherrangigem Recht ergeben.

Maßgeblich ist das Klimaschutzrecht. Rechtliche Regelungen mit dem Ziel, der globalen Erwärmung entgegen zu treten, finden sich auf mehreren Ebenen: völkerrechtliche Verträge, Rechtsakte der EU, Verfassungsrecht, Bundesrecht und Landesrecht.<sup>179</sup> Auf internationaler Ebene ist v. a. das Übereinkommen von Paris vom 12.12.2015<sup>180</sup> wichtig. Als völkerrechtlicher Vertrag hat dieses in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 GG) und könnte daher aus normhierarchischen Gründen einen möglichen Entscheidungsspielraum des Bundesgesetzgebers nicht einengen. Allerdings werden die Klimaziele nach Art. 2 Abs. 1 lit. a des Abkommens (Anstieg der Erderwärmung deutlich unter 2 °C, bestenfalls unter 1,5 °C im Vergleich zum vorindustriellen Niveau) vom BVerfG verfassungsrechtlich aufgeladen: Zur Konkretisierung des aus Art. 20a GG resultierenden Klimaschutzgebots<sup>181</sup> sei § 1 Abs. 3 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) heranzuziehen, welcher wiederum auf das Pariser Übereinkommen verweist.<sup>182</sup> Im Ergebnis ist der Bundesgesetzgeber daher über Art. 20a GG an die Vorgaben des Pariser Übereinkommens gebunden, und die Normen des Übereinkommens könnten das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens möglicherweise im Sinne der Je-desto-Formel vorprogrammieren. Das Pariser Übereinkommen beinhaltet jedoch allein Zielbestimmungen und statuiert eine

<sup>175</sup> Bönnte, NStZ 2023, 114.

<sup>176</sup> Siehe auch BayObLG, Beschl. v. 21.04.2023 – 205 StRR 63/23 –, juris Rn. 49 ff.

<sup>177</sup> F.-L. Schmidt, KlimR 2023, 16 (19); vgl. auch Coca-Vila, Res Publica 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y>, S. 1 (9 f.); Horter/Zimmermann, GA 2023, 481 (495 f.).

<sup>178</sup> Einen Vorrang staatlicher Verfahren beim zivilen Ungehorsam vertreten z. B. auch MüKo-StGB/Erb, § 34 Rn. 256; Jakobs, AT, 15/5b; Kühl, AT, § 9 Rn. 110; LK/Rönnau, Vor §§ 32 ff. Rn. 142 mit Fn. 615.

<sup>179</sup> Überblick zum Klimaschutz im Mehrebenensystem bei Schlacke, NVwZ 2022, 905 ff.; siehe auch mit Blick auf einklagbare Rechtspflichten Bickenbach, JZ 2020, 168 ff.

<sup>180</sup> BGBl II S. 1082, UNTS No. 54113.

<sup>181</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 198.

<sup>182</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 205 ff. und 211 ff.; siehe auch Britz, NVwZ 2022, 825 (826 f.); Schlacke, NVwZ 2021, 912 (915); dies., NVwZ 2022, 905 (909). Das gilt im Ergebnis auch für die einfachgesetzliche Regelung des § 1 Abs. 3 KSG, vgl. Britz, a. a. O., S. 828 f.

Meldepflicht der Vertragsstaaten (Art. 4 Abs. 2 und Abs. 9), ohne dabei konkrete inhaltliche Vorgaben zu treffen.<sup>183</sup> Damit ist der nationale Gesetzgeber in der Frage, wie die Pariser Klimaziele erreicht werden, aus Sicht des Übereinkommens frei.<sup>184</sup> Dasselbe gilt für EU-Rechtsakte.<sup>185</sup> Auch diese verpflichten die nationalen Gesetzgeber nur zur Erstellung von Energie- und Klimaplänen, wegen Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV aber nicht zu konkreten inhaltlichen Maßnahmen.<sup>186</sup> Sowohl das Pariser Übereinkommen als auch die Verordnungen und Richtlinien der EU beschreiten also einen primär prozeduralen Weg,<sup>187</sup> ohne das Ergebnis des nationalen Gesetzgebungsverfahrens festzulegen. Nichts anderes folgt aus dem Verfassungsrecht. Wenngleich Art. 20a GG eine Pflicht des Staates zum Klimaschutz statuiert<sup>188</sup> und der Gesetzgeber verpflichtet ist, zwischen den zum Klimaschutz heute und in künftiger Zeit erforderlichen Freiheitsbeeinträchtigungen einen verhältnismäßigen Ausgleich zu schaffen, um übermäßige Grundrechtseingriffe, die in der Zukunft notwendig wären, zu vermeiden,<sup>189</sup> kommt ihm laut BVerfG ein Gestaltungsspielraum zu. „Das Grundgesetz gibt nicht im Einzelnen vor, was zu regeln ist [...]“.<sup>190</sup> Alle Regelwerke, aus denen sich eine Determinierung des demokratischen Verfahrens ergeben könnte, beinhalten also nur Zielvorgaben und Planungs- und Abwägungspflichten, ohne konkrete inhaltliche Maßnahmen aufzustellen. Wie die Klimaziele erreicht werden sollen, entscheidet primär der nationale Gesetzgeber.<sup>191</sup> Das übersehen all jene, die sich zur Rechtfertigung der Klimaproteste darauf beziehen, dass die *Ziele* der Protestierenden rechtlich verbindlich seien.<sup>192</sup> Aufgrund des trotzdem verbleibenden gesetzgeberischen Spielraums bei der Erreichung dieser Ziele ist das demokratische Verfahren nach den Regeln der Je-desto-Formel innerhalb des § 34 StGB vorrangig.

Freilich wurden die im KSG in der Fassung vom 12.12.2019<sup>193</sup> vorgesehenen Maßnahmen vom BVerfG für teilweise mit der Verfassung unvereinbar<sup>194</sup> erklärt. Es wer-

<sup>183</sup> Vgl. auch *Schlacke*, NVwZ 2022, 905 (905 f.).

<sup>184</sup> Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 215 und 236: Dem Gesetzgeber bleiben trotz der Bindung an die Klimaziele Entscheidungsspielräume.

<sup>185</sup> Etwa die Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018.

<sup>186</sup> Vgl. *Schlacke*, NVwZ 2022, 905 (906); allgemein zur begrenzten Kompetenz der EU nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV siehe Calliess/Ruffert/Calliess, Art. 194 AEUV Rn. 29.

<sup>187</sup> *Schlacke*, NVwZ 2022, 905 (908).

<sup>188</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 198.

<sup>189</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 243 ff.; vgl. auch *Britz*, NVwZ 2022, 825 (832): „zeitübergreifende Verhältnismäßigkeitsbetrachtung“.

<sup>190</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 249; siehe auch ebd. Rn. 205: „Konkretisierungsprärogative“.

<sup>191</sup> Vgl. auch *Bickenbach*, JZ 2020, 168 (176 f.); *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 (19); zum Spielraum einer grundrechtsgebundenen Universität diesbezüglich auch *Jahn*, JuS 2023, 82 (84).

<sup>192</sup> Exemplarisch *Leitmeier*, HRRS 2023, 70 (71).

<sup>193</sup> BGBl I S. 2513.

<sup>194</sup> Nur Unvereinbarkeits-, keine Nichtigkeitserklärung, BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 267 f.

de kein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den aktuell und den in Zukunft zur Erreichung der Klimaziele erforderlichen Klimaschutzmaßnahmen getroffen, weshalb die Gefahr unverhältnismäßiger Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit bestehe.<sup>195</sup> Der Gesetzgeber hat demnach seinen Entscheidungsspielraum fehlerhaft ausgefüllt.<sup>196</sup> Nach den Regeln der Je-desto-Formel ändert dies zwar nichts am Spielraum des demokratischen Gesetzgebers, aber es lag zum Zeitpunkt der Verfassungsbeschwerden eine (teilweise) verfassungswidrige staatliche Entscheidung vor. Ein solches fehlerhaftes Verfahren (im weiteren Sinne) berechtigt nach den hier entwickelten Regeln im Zusammenhang mit § 34 StGB zu vorläufigen Maßnahmen, wenn der Inhaber des Erhaltungsguts sich gegen das fehlerhafte Verfahrensergebnis auch außerhalb des rechtfertigenden Notstands zur Wehr setzen könnte. Dass dies der Fall ist, lässt sich mithilfe der grundrechtlichen Überlegungen des BVerfG begründen: Der Gesetzgeber verstoße gegen zeitlich vorwirkende Grundrechte (jedenfalls Art. 2 Abs. 1 GG) und verletze einen Anspruch der Betroffenen auf intertemporale Freiheitssicherung.<sup>197</sup> Im Zusammenhang mit § 34 StGB wären daher vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des demokratischen Verfahrens erlaubt. Solche Maßnahmen könnten darin bestehen, zu verhindern, dass die Klimaziele überhaupt nicht mehr erreicht werden können. Dass dies jedoch durch eine ganz konkrete Einzelmaßnahme verhindert werden kann, erscheint auch angesichts der tatsächlichen Komplexität des Klimasystems unwahrscheinlich.<sup>198</sup> Geht man zudem davon aus, dass der Gesetzgeber mit einer Neufassung des KSG<sup>199</sup> Vorkehrungen zur grundrechtsschonenden Bewältigung der Klimakrise trifft, die den Vorgaben des BVerfG entsprechen,<sup>200</sup> sind vorläufige Maßnahmen nach derzeitigem Stand ausgeschlossen, weil es sich um eine verfassungskonforme vorrangige Entscheidung handelt.<sup>201</sup>

Dieser Entscheidungsvorrang auf Ebene des demokratischen Gesetzgebers hat zur Folge, dass sich der Kreis der nach § 34 StGB möglicherweise gerechtfertigten Handlungen auf solche verengt, die mit der vorrangigen Entscheidung übereinstimmen. Allerdings, und hier zeigt sich die Bedeutung der „richtigen“ Ermittlung des konkret vorrangigen Verfahrens, bestehen auch auf Ebene der die Vorgaben des KSG umset-

---

<sup>195</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 182 ff. und 243 ff.

<sup>196</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 257 ff.

<sup>197</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 182 ff. und 243 ff.; zu subjektiv-öffentlichen Rechten auf Klimaschutz auch *Bickenbach*, JZ 2020, 168 ff. (historisch vor dem Beschluss des BVerfG).

<sup>198</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 215 ff.; zu diesem Komplexitätsproblem und seinen Auswirkungen auf die politisch-moralische Bewertung der Klimaproteste auch *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 (29).

<sup>199</sup> In Reaktion auf den Klima-Beschluss des BVerfG wurde das KSG geändert, vgl. Erstes Gesetz zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes vom 18.08.2021, BGBl I, S. 3905.

<sup>200</sup> Das KSG 2021 dürfte den Anforderungen des BVerfG entsprechen, vgl. *Schlacke*, NVwZ 2022, 905 (910).

<sup>201</sup> Vgl. auch *Engländer*, JZ 2023, 255 (260).

zenden *Verwaltung* noch wesentliche Spielräume. Auch das KSG schreibt noch keine konkreten Maßnahmen zum Klimaschutz vor, die von der Verwaltung lediglich durchgesetzt und daher auch durch privates Vorgehen nach § 34 StGB ersetzt werden könnten. Vielmehr statuiert es z. B. lediglich ein Berücksichtigungsgebot für die Träger öffentlicher Aufgaben in § 13 KSG. Das KSG selbst ordnet also z. B. nicht die Schließung eines konkreten Kohlekraftwerks an, sondern die Verwaltung hat bei ihren Abwägungsentscheidungen den Klimaschutz angemessen zu berücksichtigen.<sup>202</sup> Mithin verbleiben auch der Verwaltung noch Spielräume, sodass auch das behördliche Verfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig ist. Folglich ist z. B. das Besetzen von Bäumen, die im Einklang mit behördlichen Entscheidungen gefällt werden sollen, nicht im Sinne des § 34 S. 2 StGB angemessen.<sup>203</sup>

Im Ergebnis sind tatbestandsmäßige Protestaktionen von Klimaaktivisten wegen des Vorrangs staatlicher Verfahren – insbesondere des demokratischen Verfahrens – zum Schutz der trotz der sich zuspitzenden Klimakrise fortbestehenden Entscheidungsbefugnis des demokratisch legitimierten Gesetzgebers<sup>204</sup> nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>205</sup> Der Weg aus der Klimakrise führt (in rechtlichen Zusammenhängen) über das Parlament, nicht über eine politische Instrumentalisierung des § 34 StGB an eben diesem Parlament vorbei.<sup>206</sup> § 34 StGB ist nicht der richtige Ort zur Klärung politisch brisanter Fragen.<sup>207</sup>

<sup>202</sup> Vgl. *Schlacke*, NVwZ 2022, 905 (911).

<sup>203</sup> Im Fall AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22 –, juris wäre an einen Vorrang des Verfahrens zur Erteilung einer Baugenehmigung bzw. an den Vorrang des materiellen Baurechts zu denken, vgl. auch *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 (20); *R. Schröder*, GA 2023, 632 (648); *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 472; und allgemein *Eidam*, JZ 2023, 224 (229). Das OLG Schleswig stellte v. a. auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren ab: OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORS 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 62 f.

<sup>204</sup> Dies betonen auch *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 (31).

<sup>205</sup> Ebenso OLG Celle, Beschl. v. 29.07.2022 – 2 Ss 91/22 –, juris Rn. 5 ff.; BayObLG, Beschl. v. 21.04.2023 – 205 StRR 63/23 –, juris Rn. 44 ff.; OLG Schleswig, Urt. v. 09.08.2023 – 1 ORS 4 Ss 7/23 –, juris Rn. 59 ff.; LG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 08.12.2023 – 64/23 17 NBs 450 Js 23772/22 –, juris Rn. 78; AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/29 –, juris Rn. 104 ff.; AG München, Urt. v. 16.09.2022 – 851 Cs 113 Js 124160/22 –, juris Rn. 17; AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22 –, juris Rn. 30 ff.; AG München, Urt. v. 30.11.2022 – 864 Ds 113 Js 200103/22 –, juris Rn. 51 f.; *Botta*, VerwArch 114 (2023), 206 (234); *Busche*, KlimR 2023, 103 (105 f.); *Coca-Vila*, Res Publica 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y>, S. 1 (6 ff.); *Eidam*, JZ 2023, 224 (229 f.); *Engländer*, JZ 2023, 255 ff.; *Erb*, NSTz 2023, 577 (582); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88 f.); *Heinig*, NK 2023, 231 (243 f.); *Homann*, JA 2023, 649 (653); *Hörnle*, JRE 31 (2023), 15 (32 f.); *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 481 (495); *Jahn*, JuS 2023, 82 (84); *ders./Wenglarczyk*, JZ 2023, 885 (890); *Kühne/Kühne*, StV 2023, 560 (565); *Rönnau*, JuS 2023, 112 (113 f.); *Sarfraz*, in: *Satzger/v. Maltitz* (Hrsg.), Klimastrafrecht, S. 541 (557); *F.-L. Schmidt*, KlimR 2023, 16 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 472; *Zieschang*, JR 2023, 141 ff.; wohl auch *Deißner*, StV 2023, 547 (558 f.).

<sup>206</sup> Ähnlich *Engländer*, JZ 2023, 255 (260). Auf einen „richterlichen Aktionismus“ in dem Zusammenhang weist *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114) hin. Siehe dazu auch *Kubiciel*, JZ 2024, 167 (insbes. 173 f.). Vergleichbare Kritik am Phänomen grundrechtsgestützter Klimaklagen (sowohl gegen den Staat als auch gegen Private) bei *Wagner*, NJW 2021, 2256 ff.; *Wegener*, NJW 2022, 425 ff.

<sup>207</sup> Ebenso *Deißner*, StV 2023, 547 (559).

## cc) Tierschützer II

Mit einem Vorrang demokratischer Entscheidungen ist auch der zweite Tierschützer-Fall<sup>208</sup> zu lösen. Dort wurden Tierschutzaktivisten u. a. wegen Hausfriedensbruchs angeklagt, weil sie in einen Mastbetrieb eingedrungen waren, um die dortigen Zustände zu dokumentieren und damit die Öffentlichkeit über die Folgen der Massentierhaltung zu informieren und die Behörden zum Einschreiten zu veranlassen. Anders als im ersten Tierschützer-Fall (siehe unten IV.3.a)bb), S. 436 ff.) entsprach die Tierhaltung in diesem Fall den Vorgaben des Tierschutzrechts.

Eine Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs nach § 34 StGB scheidet hier wie beim zivilen Ungehorsam<sup>209</sup> an der fehlenden Angemessenheit der Notstandshandlung nach § 34 S. 2 StGB infolge eines Vorrangs des demokratischen Verfahrens. Wenngleich Art. 20a GG den Tierschutz zum Staatsziel erhebt, ist dieses Ziel u. a. gegen wirtschaftliche Belange (Art. 12, 14 GG) abzuwägen, ohne dass der Verfassung hierbei konkret-inhaltliche Vorgaben an den Gesetzgeber zu entnehmen sind.<sup>210</sup> Mithin ist der Ausgang des demokratischen Verfahrens nicht hinreichend vorprogrammiert. Daher entfaltet es innerhalb des § 34 StGB Vorrang. Dieser Vorrang umfasst auch die Regeln des TierSchG als Ergebnisse des demokratischen Verfahrens. Diese sind also auch innerhalb des § 34 StGB zu respektieren und stehen nicht zur Disposition einzelner Tierschutzaktivisten.<sup>211</sup> Weil die Haltungsbedingungen im konkreten Fall mit den Vorgaben des TierSchG übereinstimmten, handelten die Täter also nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt. Dass die Gerichte eine Notstandsrechtfertigung aus Gründen des Demokratieprinzips verneinten,<sup>212</sup> verdient mithin Zustimmung.

## dd) Kollision von Vermögenswerten

Im Konzertreise-<sup>213</sup> und Mandantengelder-Fall<sup>214</sup> sollte ein drohender Verlust des eigenen Vermögens bzw. eine drohende Zahlungsunfähigkeit durch eine Schädigung fremden Vermögens abgewendet werden. Mithin stehen sich auf Eingriffs- und Erhaltungsseite die Vermögen unterschiedlicher Inhaber gegenüber. Nach dem hier vertretenen Rechtsgutsbegriff bei § 34 StGB handelt es sich beim Vermögen um ein notstandsfähiges Rechtsgut.<sup>215</sup> Die von den Vertretern einer engen Auslegung an die-

<sup>208</sup> AG Schwäbisch Hall, Urt. v. 21.04.2016 – 4 Ds 41 Js 15494/15 (nicht veröffentlicht); LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799; OLG Stuttgart, Beschl. v. 04.09.2018 – 2 Rv 26 Ss 145/18. Dargestellt oben B.II.3.a)bb), S. 29.

<sup>209</sup> Auf die Parallele verweist auch *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (366).

<sup>210</sup> Weiterführend Dürig/Herzog/Scholz/Callies, Art. 20a Rn. 129 ff.

<sup>211</sup> Ebenso LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799, Rn. 112 ff.; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (76).

<sup>212</sup> LG Heilbronn, Urt. v. 23.05.2017 – 7 Ns 41 Js 14494/14, BeckRS 2017, 132799, Rn. 131; zustimmend MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 185; *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (366).

<sup>213</sup> BGH, Urt. v. 13.11.1958 – 4 StR 199/58 –, juris; dargestellt oben B.II.2.c)a), S. 17 f.

<sup>214</sup> BGH, Urt. v. 27.01.1976 – 1 StR 739/75 –, juris; dargestellt oben B.II.2.c)b), S. 18.

<sup>215</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 71; a. A. NK/Neumann, § 34 Rn. 28; zum Problem oben C.IV.2.a)aa), S. 161 ff.

ser Stelle bezweckten Einschränkungen ergeben sich richtigerweise erst im Rahmen der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB. Dort ist das Verhältnis zwischen der Notstandstat und staatlichen Verfahren fraglich.

Insbesondere im Mandantengelder-Fall kommt als möglicherweise vorrangiges staatliches Verfahren das Insolvenzverfahren in Betracht.<sup>216</sup> (Drohende) Zahlungsunfähigkeit stellt einen Eröffnungsgrund nach §§ 17 f. InsO dar, der zum Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 13 InsO berechtigt (und nach § 15a InsO bei bestimmten Gesellschaften auch dazu verpflichtet). Versucht man eine Einordnung dieses Insolvenzverfahrens anhand der Je-desto-Formel, sprechen z. B. die vielfältigen Befugnisse des Insolvenzverwalters (etwa im Zusammenhang mit der Erfüllung von Rechtsgeschäften, §§ 103 ff. InsO), die Rechte der Gläubigerversammlung (z. B. § 157 InsO) und die Möglichkeit einer vom Gesetz abweichenden Form der Befriedigung im Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) für einen geringen Grad an Vorprogrammierung des Verfahrens. Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist dessen Verlauf und konkreter Ausgang noch nicht mit Sicherheit vorhersehbar. Daher entfaltet im Mandantengelder-Fall das Verfahren nach InsO innerhalb des § 34 StGB Vorrang. Die Täter dürfen ab Vorliegen eines Eröffnungsgrunds nicht mehr ihre eigenen Ansichten über die Behebung ihrer finanziellen Probleme umsetzen, sondern haben die Kompetenzen der von der InsO vorgesehenen Stellen zu respektieren.<sup>217</sup> Weil das Verfahren im konkreten Fall noch nicht eingeleitet wurde, gelten die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts. Die daraus folgende Pflicht zur Verfahrenseinleitung bestätigt die Wertung des § 15a InsO. Zwar sind beim Verfahrensvorbehalt ausnahmsweise vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens denkbar. Die Veruntreuung von Mandantengeldern stellt jedoch keine solche vorläufige Maßnahme dar. Deshalb war die Tat unangemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB und nicht gerechtfertigt.

Allerdings scheint es vielen Stellungnahmen in der Literatur weniger um das konkrete Insolvenzverfahren und die Kompetenzen des Insolvenzverwalters usw., sondern um die in der InsO und anderen Regelwerken abstrakt-generell getroffenen Regelungen zu den Rechtsfolgen finanzieller Leistungsunfähigkeit als gesetzgeberische Entscheidungen zu gehen.<sup>218</sup> So sind z. B. nach *Roxin/Greco*<sup>219</sup> „die Rechtsfolgen finanzieller Leistungsunfähigkeit“ im Vermögensrecht abschließend geregelt, und niemand dürfe seiner Zahlungsunfähigkeit durch Straftaten abhelfen, weshalb für

<sup>216</sup> Zu einem Vorrang des Insolvenzverfahrens im Zusammenhang mit Taten zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen siehe *Richter*, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen?, S. 362–371.

<sup>217</sup> Dem entspricht wertungsmäßig der Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf den Insolvenzverwalter ab Eröffnung des Verfahrens (§ 80 InsO), was auch als vorläufige Maßnahme angeordnet werden kann (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 22 InsO).

<sup>218</sup> Neben den sogleich Genannten insbesondere auch *Kühl*, AT, § 8 Rn. 178; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 120; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 223 f.; *LK/Schünemann*, § 266 Rn. 199.

<sup>219</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; dort die folgenden Zitate; vgl. auch schon *Bockelmann*, JZ 1959, 495 (498).

„Zwangsanleihen“ im Verfahren der Selbsthilfe kein Raum bestehe. Sieht man genauer hin, wird damit das problematische Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Entscheidungen aber nur umschrieben und noch nicht gelöst. Ob die Abwehr der Zahlungsunfähigkeit in Fällen wie dem Konzertreise- und Mandantengelder-Fall eine Straftat darstellt oder Raum für Selbsthilfe besteht, ist gerade die Frage.<sup>220</sup> Der Verweis auf den abschließenden Charakter der Regeln des Vermögensrechts führt jedoch weiter und lässt sich als Anwendungsfall des Entscheidungsvorrangs beschreiben. Stellt man nämlich auf das gesetzgeberische bzw. demokratische Verfahren ab, ist dieses nach der Je-desto-Formel innerhalb des § 34 StGB vorrangig, weil der Gesetzgeber – von Untergrenzen bzgl. des Existenzminimums (siehe z. B. § 36 InsO und § 811 ZPO) o. ä. abgesehen – bei der Regelung der Folgen finanzieller Leistungsunfähigkeit relativ frei ist. Daher sind solche Handlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit den vorrangigen Entscheidungen übereinstimmen. Maßnahmen, die diesen Entscheidungen zuwiderlaufen, sind dagegen nicht gerechtfertigt. Zwar existiert weder im materiellen Zivilrecht noch in ZPO, InsO o. ä. eine *explizite* Entscheidung gegen die Zulassung von Selbsthilfe durch „Zwangsanleihen“.<sup>221</sup> Wer aus diesem Grund den Charakter der Regelwerke als *abschließende* Entscheidung infrage stellt,<sup>222</sup> übersieht jedoch, dass auch ohne eine solche explizite Entscheidung des Gesetzgebers die ausdrücklich getroffenen und differenzierten Entscheidungen in den genannten Regelwerken unterlaufen würden, wenn man seine Zahlungsunfähigkeit auch durch Eingriffe in fremdes Vermögen bekämpfen dürfte. Das erinnert an die Figur der „funktionalen Spezialität“ bei der Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen<sup>223</sup> und entspricht dem Grundgedanken des Entscheidungsvorrangs: Nur solche Handlungen sind gerechtfertigt, die mit einer vorrangigen Entscheidung übereinstimmen. Folglich führt auch ein Vorrang des demokratischen Verfahrens zur Rechtswidrigkeit der Taten.

In den konkreten Fällen ist im Ergebnis irrelevant, ob man auf das konkrete Insolvenzverfahren oder das demokratische Verfahren abstellt, weil die fraglichen Handlungen in beiderlei Hinsicht den zulässigen Rahmen verlassen. Damit sind Untreue und andere Vermögensdelikte zur Abwendung (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder großer Vermögensverluste wegen vorrangiger staatlicher Verfahren nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB.<sup>224</sup> Nur schwer verallgemeinerbare Einschränkungen des

---

<sup>220</sup> Kritik hieran auch bei *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 228; vgl. auch für einen ähnlichen Gedanken im Zusammenhang mit dem Nötigungsnotstand bei *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 67.

<sup>221</sup> Die verwirklichten Straftatbestände als solche Entscheidungen anzusehen, hilft bei § 34 StGB nicht, weil es hier gerade um die Rechtfertigung dieser Tatbestände geht, man sich daher im Kreis drehen würde.

<sup>222</sup> So *Späth*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, S. 133.

<sup>223</sup> Siehe nochmals *Warda*, FS Maurach, S. 143 (166).

<sup>224</sup> Im Ergebnis (keine Rechtfertigung) ebenso *Bockelmann*, JZ 1959, 495 ff.; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *Jakobs*, AT, 13/38; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 362 (mit Fn. 36) und 364; *Kienapfel*, JR 1977, 27 (27 f.); *NK/Kindhäuser/Hoven*, § 266 Rn. 124; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 82; *Küper*, JZ 1976, 515 (517); *NK/*

Gefahrenbegriffs<sup>225</sup> oder des Kreises notstandsfähiger Rechtsgüter<sup>226</sup> oder das Erfordernis einer spezifische Kollisionsbeziehung zwischen Eingriffs- und Erhaltungsgut<sup>227</sup> sind gegenüber der hier vertretenen Lösung zu undifferenziert und verzichtbar.

Wenngleich sich solche Fälle wie gesehen allein mithilfe der Je-desto-Formel lösen lassen, sei abschließend unter Vorgriff auf den weiteren Verlauf der Untersuchung darauf hingewiesen, dass sich ein Vorrang des Insolvenzverfahrens auch mithilfe grundrechtlicher Erwägungen herleiten lässt. Das Insolvenzverfahren bezweckt die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO) und kann daher als grundrechtsschützendes Verteilungsverfahren eingeordnet werden.<sup>228</sup> Die Benachteiligung eines einzelnen Gläubigers durch den Schuldner oder durch einen anderen Gläubiger außerhalb des Verfahrens vereitelt eine angemessene Verteilung des verbleibenden Vermögens und ist daher auch wegen eines Verstoßes gegen den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt. Weiteres hierzu unten IV.3.c), S. 453 ff.

### b) Betäubungsmittel zur Eigetherapie

Wie sich eine teilweise oder vollständige Verengung eines behördlichen Entscheidungsspielraums auf den Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB auswirkt, verdeutlichen die BtM-Eigetherapie-Fälle.<sup>229</sup> Fraglich ist die Notstandsrechtfertigung von Taten nach §§ 29 ff. BtMG, wenn sich ein Schmerzpatient Betäubungsmittel zur Schmerzlinderung verschafft. Möglicherweise ist das behördliche Verfahren zur Erteilung einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG vorrangig.

#### aa) Ausgangsfälle: Vorrang des Erlaubnisverfahrens

Die Grundsituation der Eigetherapie-Fälle eignet sich zur Veranschaulichung der verschiedenen Auswirkungen eines anhand der Je-desto-Formel ermittelten Vorrangs eines staatlichen Verfahrens. Hinsichtlich des Umgangs mit Cannabis ist die im Frühjahr 2024 erfolgte Gesetzesänderung zu beachten, die in der vorliegenden Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden konnte.<sup>230</sup> Für Betäubungsmittel nach Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG, die von der Reform nicht erfasst sind, bleibt es bei der Er-

---

*Neumann*, § 34 Rn. 27 f. und 61; *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 71 ff.; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224 (mit Fn. 199); *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 19; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *LK/Schünemann*, § 266 Rn. 199; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 38 und 91.

<sup>225</sup> *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 38; kritisch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 90.

<sup>226</sup> *NK/Neumann*, § 34 Rn. 28; kritisch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 71.

<sup>227</sup> *Bockelmann*, JZ 1959, 495 (498); dagegen die h.M.: *Küper*, JZ 1976, 515 (516); *Grebing*, GA 1979, 81 (87 f.); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 129; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 37; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 156 f.

<sup>228</sup> Zum grundrechtlichen Gehalt auch *MüKoInsO/Stürner*, Einl. Rn. 77–97.

<sup>229</sup> Dargestellt oben B.II.4.a), S. 37 ff.

<sup>230</sup> Siehe das Konsumcannabisgesetz vom 27.03.2024, BGBl. 2024 I Nr. 109, 2; zu den Folgen vorheriger Reformen für § 34 StGB vgl. OLG Hamm, Urt. v. 05.10.2023 – III-1 ORS 27/23 –, juris, Rn. 14.

laubnispflicht nach § 3 Abs. 2 BtMG. Hierauf beziehen sich die folgenden Überlegungen.

In Anwendung der Je-desto-Formel hängt das Verhältnis des betäubungsmittelrechtlichen Erlaubnisverfahrens zu § 34 StGB vom Grad der Offenheit des Verfahrensergebnisses ab. § 3 Abs. 2 BtMG ist eine Ermessensnorm.<sup>231</sup> Sie verleiht zwar ein subjektives Recht, aber der Antragsteller hat lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.<sup>232</sup> Infolgedessen ist der Ausgang des Erlaubnisverfahrens nicht vollständig vorprogrammiert. Dem Verfahren kommt innerhalb des § 34 StGB Vorrang zu.

Liegt eine *rechtmäßige* Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung der Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG vor, sind daher nur solche Handlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit dieser Entscheidung übereinstimmen (Entscheidungsvorrang). Wird also eine Erlaubnis zum Anbau von oder zum Umgang mit Betäubungsmitteln *rechtmäßig versagt* oder auf bestimmte Stoffe begrenzt, dann bindet dies den Antragsteller. Eine Rechtfertigung eines hiervon abweichenden Verhaltens nach § 34 StGB scheidet aus.<sup>233</sup> Eine *rechtmäßige Erteilung* der Erlaubnis lässt die Strafbarkeit ohnehin entfallen, weshalb sich die Frage nach der Notstandsrechtfertigung erübrigt.

Wurde das Erlaubnisverfahren noch nicht durchlaufen, führt dessen hiervon unberührter Vorrang zur Pflicht, das Verfahren durch Antragstellung einzuleiten (Verfahrensvorbehalt).<sup>234</sup> Allerdings ist an vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens zu denken. Der Notstandstäter bzw. Inhaber des Erhaltungsguts hat einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, d.h. eine vollständige behördliche Untätigkeit ist nicht rechtmäßig. Würde der Antragsteller aufgrund seiner Leiden sterben oder irreparable physische oder psychische Schäden erleiden, bevor die Behörde über seinen Antrag entscheiden könnte, darf er sich daher vorübergehend (bis zum Abschluss des Verfahrens) mit den erforderlichen Mitteln versorgen und ist insoweit nach § 34 StGB gerechtfertigt. Mit dem Tod des Antragstellers oder infolge anderer irreparabler Schäden verengt sich der behördliche Entscheidungsspielraum bzw. erübrigt sich das Verfahren. Vom Kriterium der vorläufigen Maßnahmen sind also Fälle, in denen die Behörde nicht rechtzeitig Abhilfe schaffen könnte,<sup>235</sup> und Handlungen im Zeitraum zwischen Antragstellung und Entscheidung<sup>236</sup> erfasst.

<sup>231</sup> Weber/Kornprobst/Maier/Weber, § 3 BtMG Rn. 100.

<sup>232</sup> BVerwG, Urt. v. 19.05.2005 – 3 C 17/04 –, juris = BVerwGE 123, 352 = NJW 2005, 3300.

<sup>233</sup> Die Entscheidungsbefugnis des BfArM betont auch *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 271 ff.

<sup>234</sup> So auch BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 21; *Braun*, StV 2017, 313 (313 f.); *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 271; *Rinio*, Betrifft Justiz 2009, 83 (85).

<sup>235</sup> Vgl. etwa OLG Braunschweig, Beschl. v. 16.05.2013 – 1 Ss 20/13 –, juris Rn. 11–12; OLG Hamm, Urt. v. 05.10.2023 – III-1 ORs 27/23 –, juris Rn. 15; *Braun*, StV 2017, 313 (313 f.); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 271; *Gerhold*, HRRS 2011, 477 (478); *Oğlakcioğlu*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 279; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 52.

<sup>236</sup> Vgl. *Gerhold*, HRRS 2011, 477 (478).

Ähnliche Maßnahmen sind gerechtfertigt, wenn das Verfahren mit einer *rechtswidrigen Versagung* der Erlaubnis endet. Dann handelt es sich um fehlerhaftes Verfahren (im weiteren Sinne) bei fortbestehender Entscheidungsqualität der behördlichen Tätigkeit. Gegen die rechtswidrige Versagung könnte sich der Antragsteller, weil § 3 Abs. 2 BtMG ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verleiht, gerichtlich zur Wehr setzen. Weil zur endgültigen Entscheidung gleichwohl noch immer die Behörde berufen ist, sind erneut nur vorläufige Maßnahmen zulässig.

*bb) Sonderfall: BtM zu Suizidzwecken*

Zu anderen Ergebnissen gelangt man, wenn sich der behördliche Entscheidungsspielraum ausnahmsweise derart verengt, dass es sich beim Genehmigungsverfahren um ein Durchsetzungsverfahren handelt. Das ist der Fall, wenn das der Behörde durch § 3 Abs. 2 BtMG eingeräumte Ermessen auf Null reduziert ist. Eine solche Ermessensreduzierung kommt insbesondere<sup>237</sup> beim Betäubungsmittelerwerb zu Suizidzwecken in Betracht.<sup>238</sup> Hier bietet die Je-desto-Formel eine auch mit Blick auf das hier zugrunde liegende Staatsverständnis angemessene Lösung an.<sup>239</sup>

Während die Verwaltungsgerichte erst annahmen, dass die bezweckte Selbsttötung sogar einen Grund zur *Versagung* der Erlaubnis nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG darstellt,<sup>240</sup> leitete das BVerwG im Jahr 2017 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG einen Anspruch eines schwer und unheilbar kranken Menschen auf Erteilung der Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG her, sofern sich dieser in einer extremen Notlage befindet.<sup>241</sup> Führt eine schwere und unheilbare Erkrankung zu gravierenden körperlichen Leiden und einem „unerträglichen Leidensdruck“<sup>242</sup>, der anders nicht gelindert werden kann, sei der Staat verpflichtet, den Erwerb der Betäubungsmittel zu Suizidzwecken zu erlauben.<sup>243</sup> Das Bundesministerium für Gesundheit reagierte auf dieses Urteil mit einem „faktischen Nichtanwendungslass“<sup>244</sup> und wies das BfArM an, entsprechende Anträge trotz

<sup>237</sup> Zu anderen Fällen siehe BVerwG, Urte. v. 06.04.2016 – 3 C 10/14 –, juris Rn. 37 = BVerwGE 154, 352 = NVwZ 2016; VG Köln, Urte. v. 08.07.2014 – 7 K 5217/12 –, juris Rn. 128; jeweils zur alten Rechtslage.

<sup>238</sup> Überblick bei MüKoStGB/Oğlakcioğlu, § 3 BtMG Rn. 30 ff.

<sup>239</sup> Nimmt man an, dass bei einem Anspruch auf Genehmigungserteilung die Strafbarkeit nach §§ 29 ff. StGB ohnehin entfällt (allgemein *Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 66), gelangt man gar nicht zur Frage der Notstandsrechtfertigung. Das entspricht jedoch nicht der h.M. im Betäubungsmittelrecht, siehe *Weber/Kornprobst/Maier/Weber*, § 3 Rn. 11; *Oğlakcioğlu*, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts*, S. 236–237. Der hier entwickelte Ansatz stellt eine Alternative zu diesen Meinungen dar.

<sup>240</sup> Beispielsweise VG Köln, Urte. v. 03.05.2014 – 7 K 254/13 –, juris Rn. 63.

<sup>241</sup> BVerwG, Urte. v. 02.03.2017 – 3 C 19/15 –, juris = BVerwGE 158, 142 ff. = NJW 2017, 2215 ff.

<sup>242</sup> BVerwG, Urte. v. 02.03.2017 – 3 C 19/15 –, juris Rn. 31.

<sup>243</sup> BVerwG, Urte. v. 02.03.2017 – 3 C 19/15 –, juris Rn. 32; beachte zwischenzeitlich BVerwG, Urte. v. 07.11.2023 – 3 C 8/22 –, juris Rn. 61.

<sup>244</sup> Begriff bei *Sternberg-Lieben*, *medstra* 2020, 3 (6).

der Entscheidung des BVerwG abzulehnen.<sup>245</sup> Im Jahr 2020 leitete das BVerfG aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben her.<sup>246</sup> Wenngleich das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 2 BtMG zum Zweck der Selbsttötung nicht zur Entscheidung annahm,<sup>247</sup> liegt ein aus diesem Recht auf selbstbestimmtes Sterben resultierender Anspruch schwer und unheilbar Kranker auf Erteilung der Erlaubnis zum Erwerb von Betäubungsmitteln zur Selbsttötung nahe.<sup>248</sup> Ein absolutes Verbot des Erwerbs von Betäubungsmitteln zu Suizidzwecken stellte einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben dar.<sup>249</sup> Mit diesem Anspruch ist der Nichtanwendungserlass des Gesundheitsministeriums nicht vereinbar.

Einen Ausweg aus dieser Gemengelage bietet die *Je-desto-Formel* und § 34 StGB an. Aufgrund des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben verengt sich im Fall unheilbar Kranker mit schwersten Leiden der Ermessensspielraum der Behörde nach § 3 Abs. 2 BtMG. Mithin *muss* die Erlaubnis erteilt werden. Aus Sicht der *Je-desto-Formel* entfaltet das Genehmigungsverfahren nach § 3 Abs. 2 BtMG dann in § 34 StGB *keinen* Vorrang, weil es lediglich den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Erlaubniserteilung durchsetzt. Sowohl der Suizidwillige selbst als auch möglicherweise beteiligte Dritte handeln daher nach § 34 StGB gerechtfertigt, wenn sie sich die entsprechenden Stoffe ohne die betäubungsmittelrechtliche Erlaubnis verschaffen.<sup>250</sup>

Der Vorteil dieser Lösung zeigt sich mit Blick auf die beschriebene Verweigerungshaltung des Bundesgesundheitsministeriums: § 34 StGB erlaubt es dem Bürger, sein Recht auf selbstbestimmtes Sterben selbst zu verwirklichen, ohne auf das (rechtsstaatlich und grundrechtlich geforderte) Entgegenkommen der Behörden angewiesen zu sein. Vor diesem Hintergrund illustriert der Fall, dass die teils befürchteten Gefahren für die rechtsstaatliche Ordnung im Zusammenhang mit dem rechtfertigenden Notstand nicht nur aus einem vermeintlich weiten Verständnis des § 34 StGB, sondern auch aus einem rechts- und verfassungswidrigen Verhalten des Staates resultieren können. Wer dem Täter in solchen Fällen eine Notstandsrechtfertigung versagt, bestraft ihn dafür, dass sich die zuständige staatliche Stelle fehlerhaft

<sup>245</sup> Grundlage war ein Gutachten *Udo Di Fabio*, siehe *ders.*, Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen, S. 61 ff.

<sup>246</sup> BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 –, juris Rn. 209 ff.

<sup>247</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 20.05.2020 – 1 BvL 2/20 –, juris = NJW 2021, 1086 ff.

<sup>248</sup> So der Sache nach auch *Gerhold*, HRRS 2011, 477 (478); anders etwa *Weber/Kornprobst/Maier/Weber*, § 5 BtMG Rn. 43–47; zum Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zum Eigenanbau schwerkranker, aber nicht suizidwilliger Antragssteller siehe BVerwG, Urt. v. 06.04.2016 – 3 C 10-14 –, juris Rn. 37.

<sup>249</sup> *Hufen*, NJW 2018, 1524 (1528); *Merkel*, MedR 2017, 828 (829); *Scheinfeld*, GS Tröndle, S. 661 (664 ff.); vgl. auch *Sachs*, GS Tröndle, S. 641 (655–659).

<sup>250</sup> So auch MüKoStGB/*Oğlakcioğlu*, § 3 BtMG Rn. 36; *ders.*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 277 ff.; vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (76 f.); *Merkel*, MedR 2017, 828 (830). Eine Ausnahme vom Vorrang rechtlich geordneter Verfahren im beschriebenen Fall vertritt inzwischen auch *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119a.

verhält.<sup>251</sup> Damit würden jedoch rechtswidrige Zustände perpetuiert und im Ergebnis die Verwaltung ermächtigt, anstelle des Gesetzgebers über die individuelle Strafbarkeit zu entscheiden.<sup>252</sup> Die Je-desto-Formel entschärft dieses Problem für das Strafrecht. Für die im Zusammenhang mit den Eigentherapie-Fällen angeführten exorbitanten und atypischen Fälle, die den Weg zu § 34 StGB eröffnen sollen,<sup>253</sup> besteht damit kein Bedarf.

### c) Feldbefreier-Fälle

Die beiden Feldbefreier-Fälle, in denen Umweltaktivisten in das Gelände einer Forschungsanstalt eindringen und die dort freigesetzten gentechnisch veränderten Pflanzen zerstören,<sup>254</sup> verbinden verschiedene Merkmale der bereits besprochenen Beispiele. Wie im Betäubungsmittel-Fall steht u. a. ein Vorrang eines Genehmigungsverfahrens im Raum. Allerdings erheben die Täter keinen Anspruch auf Genehmigungserteilung, sondern sie wollen wie in den Klima- und Tierschützer-Fällen Zustände, die aus ihrer Sicht illegal oder illegitim sind, beseitigen, wenden sich also gegen die Genehmigung. Im Verwaltungsprozess handelte es sich um Drittanfechtungsfälle.<sup>255</sup> Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass in beiden Fällen eine wirksame Genehmigung für die Freisetzung nach § 16 Abs. 1 GenTG vorlag, diese im ersten Fall jedoch mit Nebenbestimmungen nach § 19 Abs. 2 GenTG versehen war, die nicht erfüllt wurden (unten bb)), und die Genehmigung im zweiten Fall rechtswidrig war (sogleich aa)).

#### aa) Vorrang rechtswidriger Genehmigung?

Zunächst zum Fall des LG Gießen.<sup>256</sup> Weil die Täter mit der Zerstörung der gentechnisch manipulierten Pflanzen die Umwelt vor möglichen Schäden schützen wollten, kommt eine Notstandsrechtfertigung der Taten (§§ 123, 303 StGB) in Betracht. Diese setzt insbesondere die Angemessenheit der Notstandshandlung angesichts vorrangiger staatlicher Verfahren voraus. Möglicherweise ist das Verfahren zur Erteilung der nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 GenTG erforderlichen Genehmigung vorrangig.<sup>257</sup> Das ist der Fall, wenn sein Ausgang nicht derart vorherbestimmt ist, dass es sich nur als Durch-

<sup>251</sup> Vgl. auch zur Verwaltungsakzessorietät NK/Ransiek, § 324 Rn. 28; Rudolphi, NSTZ 1984, 193 (198); Saliger, Umweltstrafrecht, Rn. 92.

<sup>252</sup> Vgl. auch zur Verwaltungsakzessorietät Perschke, wistra 1996, 161 (163); aber auch Kühl, FS Lackner, S. 815 (836 ff.).

<sup>253</sup> BGH, Beschl. v. 28.06.2016 – 1 StR 613/15 –, juris Rn. 21; OLG Köln, Beschl. v. 26.02.1000 – Ss 51/99 – 23 –, juris Rn. 29; KG, Urt. v. 25.05.2007 – (3) 1 Ss 36/07 (20/07) –, juris Rn. 2; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 269; Oğlakcioğlu, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, S. 279.

<sup>254</sup> Dargestellt oben B.II.3.b), S. 30 ff.

<sup>255</sup> Allgemein etwa Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 72 ff. zur Klagebefugnis beim Nachbarschutz.

<sup>256</sup> LG Gießen, BeckRS 2010, 19195.

<sup>257</sup> Zu anderen Möglichkeiten sogleich E. Fn. 268.

setzungsverfahren darstellt. Nach § 16 Abs. 1 GenTG besteht ein Anspruch des Antragstellers, d.h. im konkreten Fall des Betreibers der Forschungsanstalt, auf Erteilung der Genehmigung, wenn alle dort genannten Voraussetzungen vorliegen, insbesondere nach dem Stand der Wissenschaft keine unvertretbar schädlichen Einwirkungen auf die Güter des § 1 Nr. 1 GenTG zu erwarten sind (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG). Ein Ermessensspielraum besteht nicht.<sup>258</sup> Das spricht auf den ersten Blick gegen einen Vorrang des Genehmigungsverfahrens: Mit der Genehmigungserteilung scheint die Behörde nur die Vorgaben des GenTG durchzusetzen und keine eigene Entscheidung zu treffen. Auch für die Umweltschützer, die *nicht* Antragsteller im Genehmigungsverfahren sind, käme es daher nicht auf die behördliche Genehmigung, sondern allein auf die Vereinbarkeit des Feldversuchs mit den Vorgaben des GenTG an. Notstandshandlungen, die mit diesen Vorgaben übereinstimmen, also z. B. rechtmäßige Zustände herstellen, indem sie eine gentechnikrechtlich unzulässige Freisetzung beseitigen, wären daher – vorbehaltlich anderer Einschränkungen durch den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren (unten IV.) – gerechtfertigt. Die (fehlerhafte) Genehmigung hätte keinen Einfluss auf die Rechtfertigung der Umweltschützer, sondern maßgeblich wäre allein die Entscheidung des Gesetzgebers.<sup>259</sup>

Allerdings fehlt es v. a. bei der Frage, ob im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG nach dem Stand der Wissenschaft schädliche Einwirkungen zu erwarten sind, an einem vollzugsfähigen und bereits vorab feststehenden Maßstab.<sup>260</sup> Vielmehr steht der Behörde bzgl. des Stands der Wissenschaft ein Beurteilungsspielraum zu, und die Risikobewertung verlangt eine Abwägung im Einzelfall, deren Ausgang nicht umfassend vorherbestimmt ist. Das Gentechnikrecht will als Risikorecht den Umgang mit Ungewissheit verfahrensmäßig strukturieren.<sup>261</sup> „Hier lässt sich die Konkretisierung des Inhalts der Rechtsnorm nicht mehr vorab [...] vornehmen, sondern muss inkrementell jeweils im Rahmen einzelner Entscheidungen erarbeitet werden.“<sup>262</sup> Es handelt sich um ein Beispiel für „Wissensgenerierung im Verfahren“<sup>263</sup> im bereits beschriebenen Sinne.<sup>264</sup> Ob die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG vorliegen, kann nur innerhalb des Verfahrens, insbesondere auf Grundlage eines ständigen Informationsaustauschs zwischen Behörde und Forschungsanstalt, nicht aber durch

<sup>258</sup> Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, § 20 Rn. 169.

<sup>259</sup> Vgl. in anderem Zusammenhang auch *Perschke*, *wistra* 1996, 161 (166) zur Wirkung fehlerhafter Genehmigungen bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen.

<sup>260</sup> Zum Folgenden OVG Berlin, NVwZ 1995, 1023 (1024); *Kloepfer*, Umweltrecht, § 20 Rn. 173 und 205; *Röhl*, in: GVwR II, § 30 Rn. 21b; siehe auch *Appel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht II, § 51 Rn. 134; umfassend *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 111 ff.

<sup>261</sup> *Appel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht II, § 51 Rn. 15; *Röhl*, in: GVwR II, § 30 Rn. 21–22; siehe auch *Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 7 Rn. 41.

<sup>262</sup> *Röhl*, in: GVwR II, § 30 Rn. 22.

<sup>263</sup> Siehe nur *Röhl*, in: ders. (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 65 (82 ff.); *ders.*, in: GVwR II, § 30 Rn. 21b und 32 ff.; *Trute*, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, S. 11 (25 f.); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 79–115.

<sup>264</sup> Oben D.III.2.b)bb(2), S. 320 ff.

private Notstandstäter oder den Strafrichter beurteilt werden. Daher ist das Genehmigungsverfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig.

Folgt man dem, sind die Auswirkungen dieses Vorrangs auf die Notstandsrechtfertigung fraglich. Allgemein muss eine vorrangige staatliche Entscheidung vom Notstandstäter respektiert werden. Weil der Genehmigungsbescheid vorliegend rechtswidrig, aber nicht nichtig war, handelt es sich um ein fehlerhaftes, aber wirksames Verfahrensergebnis. Nach der erweiterten Je-desto-Formel kommt es dann auf die notstandsexternen Verteidigungsmöglichkeiten gegen die Entscheidung an. Die Umweltaktivisten können außerhalb des § 34 StGB gegen die rechtswidrige Genehmigung nur vorgehen, wenn diese gegen eine drittschützende Norm verstößt und sie zum Kreis der geschützten Dritten gehören, § 42 Abs. 2 VwGO.<sup>265</sup> Letzteres ist vorliegend nicht der Fall.<sup>266</sup> Daher haben die Umweltschützer die Genehmigung zu dulden. Sie entfaltet trotz ihrer Rechtswidrigkeit Vorrang.<sup>267</sup> Folglich handelten die Umweltschützer nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB.<sup>268</sup>

<sup>265</sup> Siehe zum Gentechnikrecht *Kloepfer*, Umweltrecht, § 20 Rn. 207 f.

<sup>266</sup> Zwar wird diskutiert, ob ein Nachbar wegen § 1 Abs. 3 GenTG, auf den § 16 Abs. 1 GenTG Bezug nimmt, im Verwaltungsprozess klagebefugt wäre (*Kloepfer*, Umweltrecht, § 20 Rn. 208 m. w. N.), doch betrifft dies jedenfalls nicht unbeteiligte Umweltschützer. Die Annahme einer Notstandshilfe zugunsten der Nachbarn scheitert spätestens am subjektiven Rechtfertigungselement. Zur Frage nach einem Verbandsklagerecht im Gentechnikrecht *Kloepfer*, Umweltrecht, § 20 Rn. 214.

<sup>267</sup> Der Sache nach ebenso LG Gießen, BeckRS 2010, 19195. Der gegenteiligen Überlegung, bei fehlender Klagebefugnis gerade *keinen* Vorrang der Genehmigung anzunehmen (OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris Rn. 16; *Jahn*, JuS 2013, 1130 (1140)), ist daher zu widersprechen.

<sup>268</sup> Wer im Zusammenhang mit § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG anderer Ansicht ist, käme nicht zu einem Vorrang des *Genehmigungsverfahrens*. Allerdings beinhaltet das GenTG neben präventiven auch (verwaltungsrechtlich gesprochen) repressive Kontrollinstrumente, die mit Blick auf den Grundsatz der bestmöglichen Annäherung an den Notstandskonflikt (oben E.III.2.a)aa)(2), S. 369 f.) sogar primär heranzuziehen wären. Insbesondere ermächtigt § 26 GenTG zu Anordnungen zur Beseitigung von Verstößen gegen das GenTG. Im Zusammenhang mit § 34 StGB könnte daher das Verfahren zur Untersagung der Freisetzung nach § 26 Abs. 4 GenTG (umfasst auch die Anordnung der Beseitigung, vgl. BVerwGE 42, 73) vorrangig sein. Anordnungen nach § 26 GenTG stehen im Ermessen der Behörde. Damit wäre dieses Verwaltungsverfahren vorrangig. Allerdings sieht § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG eine gebundene Entscheidung vor, „soweit die Voraussetzungen von Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 vorliegen“, soweit also keine Genehmigung oder Zustimmung vorliegt oder ein Grund zur Rücknahme oder zum Widerruf gegeben ist (*Appel*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht II, § 20 Rn. 154). Rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte können nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zurückgenommen werden. Das spricht dafür, bei rechtswidrigen Genehmigungen eine *Pflicht* der Behörde zum Erlass einer Beseitigungsanordnung nach § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG anzunehmen, womit das Verwaltungsverfahren als Durchsetzungsverfahren innerhalb des § 34 StGB nicht vorrangig wäre. Damit ginge § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG jedoch über seinen unionsrechtlichen Anlass, die Vorgaben aus Art. 4 Abs. 5 Satz 2 der Richtlinie 2001/18/EG umzusetzen (BT-Drucksache 16/430, S. 11), hinaus. Die Richtlinie verlangt, dass das *ungenehmigte* Freisetzen zu beenden ist. Die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts liegt jedoch im Ermessen der Erlassbehörde (*Maurer/Waldhoff*, AllgVwR, § 11 Rn. 28). Auch aufgrund des damit verbundenen Entscheidungsspielraums bzgl. der Rücknahme ist ein rechtswidriger und daher rücknahmefähiger Verwaltungsakt einem *fehlenden* Verwaltungsakt nicht gleichzustellen. Dass § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GenTG nicht die Rücknahme, sondern nur einen *Grund* zur Rücknahme verlangt, liegt allein daran, dass für Anordnungen nach § 26 GenTG gemäß § 31 Hs. 1 GenTG eine

### bb) Nebenbestimmung und § 34 StGB

Im Feldbefreier-Fall des OLG Naumburg<sup>269</sup> lag hingegen eine rechtmäßige Genehmigung vor, doch wurde eine ihrer Auflagen nicht erfüllt. Die Tat der Umweltschützer könnte sich daher als Durchsetzung der Grenzen der behördlichen Erlaubnis darstellen und stünde dadurch mit einem Vorrang der Genehmigungsentscheidung in Einklang. Allerdings kommt hier einem anderen Verfahren Vorrang zu: Die Nichterfüllung der Auflage berechtigt die Behörde nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG zum Widerruf der Genehmigung. Außerdem kann sie die Auflage selbstständig vollstrecken.<sup>270</sup> Jeweils besteht Ermessen der Behörde. Damit ist das behördliche Verfahren zum Widerruf der Genehmigung und zur Vollstreckung der Auflage als Entscheidungsverfahren vorrangig innerhalb des § 34 StGB.<sup>271</sup> Weder der Widerruf noch die Vollstreckung kann von den Umweltschützern mangels der Betroffenheit eigener Rechte gerichtlich erzwungen werden.<sup>272</sup> Folglich mussten sie die Untätigkeit der Behörde dulden und handelten nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB.

### d) Tatsächliche Unklarheiten

Auch in den folgenden Fällen geht es um die Bedeutung staatlicher Verfahren für den Umgang mit tatsächlichen Unklarheiten.<sup>273</sup> Solche Unklarheiten in tatsächlicher Hinsicht können dabei entweder auf tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Sachver-

---

Landesbehörde, für die Genehmigung selbst und deren Rücknahme nach §§ 14 Abs. 1, 31 Hs. 2 GenTG jedoch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) zuständig ist. Zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten spricht vieles dafür, § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG bei rechtswidrigen Genehmigungen nur dann anzuwenden, wenn das Ermessen der Erlassbehörde bzgl. der Rücknahme auf Null reduziert ist. Nur dann besteht ein echter Grund zur Rücknahme und eine rechtswidrige Genehmigung nähert sich wertungsmäßig einer fehlenden bzw. bereits zurückgenommenen Genehmigung an. Andernfalls wäre die Landesbehörde zur Anordnung der Beseitigung des Feldversuchs verpflichtet, obwohl das Bundesamt rechtmäßig auf eine Rücknahme der Genehmigung verzichten könnte. Der Anlagenbetreiber müsste also einen genehmigten Zustand beseitigen. Mit der hier vorgeschlagenen Auslegung hingegen wird erreicht, dass die Landesbehörde bei Anordnungen nach § 26 GenTG immer dann Ermessen hat, wenn auch dem BVL Ermessen zukommt, und umgekehrt immer dann eine Ermessensreduzierung vorliegt, wenn auch das Ermessen des BVL auf Null reduziert ist. Allein die Rechtswidrigkeit der Genehmigung reicht demnach für § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG nicht aus. Damit greift § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG vorliegend nicht. Folglich bleibt es beim Ermessen der Landesbehörde und daher bei einem Vorrang des Anordnungsverfahrens. Der Einfachheit halber und um das Wirken einer rechtswidrigen Entscheidung zugunsten Dritter zu illustrieren, beziehen sich die Überlegungen im Text auf das Genehmigungsverfahren. Zu weiteren Problemen des § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GenTG siehe *Zivier*, Rechtsprobleme des Gentechnikgesetzes im Bereich der Gefahrenabwehr bei legalem Verhalten, S. 38–61; vgl. auch *Ekhardt/Henning*, URP 2010, 419 ff.

<sup>269</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 Ss 58/12 –, juris.

<sup>270</sup> Allgemein hierzu *Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens*, § 36 VwVfG Rn. 84.

<sup>271</sup> Für § 26 Abs. 4 S. 1 GenTG gilt das in E. Fn. 268 Gesagte entsprechend.

<sup>272</sup> Zu drittschützenden Auflagen und deren Durchsetzung *Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens*, § 36 VwVfG Rn. 85.

<sup>273</sup> Freilich ist Sachverhaltsermittlung Aufgabe eines jeden Verfahrens. Die folgenden Fälle beziehen sich lediglich auf solche Verfahren, in denen dies besonders im Fokus steht. Maßgeblich ist

haltsermittlung beruhen (dazu sogleich aa) und bb)) oder normativ erzwungen sein (dazu unten cc)).

### aa) Aufenthalts- und Asylrecht

Vor diesem Hintergrund lassen sich zuerst die Fälle im Zusammenhang mit unerlaubter Einreise ins Bundesgebiet und unerlaubtem Aufenthalt lösen.<sup>274</sup> Begrenzt man die Fälle auf das für die vorliegende Untersuchung Relevante, ist eine Rechtfertigung des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), der unerlaubten Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) und etwaiger Begleitdelikte (z. B. § 267 StGB) wegen Notstands fraglich, wenn der Ausländer mit der Tat den in seinem Heimatland drohenden Gefahren für Leib und Leben entkommen wollte.<sup>275</sup> Voraussetzung der Notstandsrechtfertigung ist dabei u. a., dass die Handlung mit dem Vorrang staatlicher Verfahren vereinbar ist. Als vorrangiges Verfahren kommt insbesondere das durch eine Antragstellung des Asylbewerbers nach § 13 AsylG bei der zuständigen Außenstelle des BAMF (zu Ausnahmen vgl. §§ 19, 20 AsylG) einzuleitende Verfahren zur Anerkennung als Asylberechtigter im Sinne des § 2 Abs. 1 AsylG in Betracht. Infolge der Antragstellung gilt der Aufenthalt nach § 25 Abs. 1 S. 3 AufenthG bis zur Bescheidung als erlaubt. Der Betroffene hat ggf. Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 25 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Nach der Je-desto-Formel ist dieses Asylverfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig, wenn sein Ausgang nicht bereits im Voraus feststeht.

Nun besteht im Verfassungs- und Asylrecht Streit über die grundrechtliche Wirkung der behördlichen Anerkennung als Asylberechtigter.<sup>276</sup> Manche behaupten, diese Anerkennung habe im Verhältnis zum Grundrecht aus Art. 16a Abs. 1 GG lediglich deklaratorischen Charakter.<sup>277</sup> Laut der h. M. führt dagegen erst die Anerkennung dazu, dass der Betroffene im Sinne des Art. 16a Abs. 1 GG Asylrecht genießt.<sup>278</sup> Es handle sich um ein verfahrensabhängiges Grundrecht: „Mit der Anerkennung als [...] Asylberechtigter wird das Grundrecht gleichsam erst faktisch „zugeteilt“.“<sup>279</sup> Das Asylrecht könne „grundsätzlich nur im Wege eines rechtlich geregelten Verfahrens wahrgenommen werden.“<sup>280</sup> Dafür, dass der grundrechtliche

---

eine Schwerpunktbehandlung, für die nur wenige allgemeingültige Kriterien aufgestellt werden können. Zum Asylverfahren ebenso Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, Art. 16a Rn. 329.

<sup>274</sup> Dargestellt oben B.II.4.c)aa), S. 47 ff.

<sup>275</sup> Die „notstandsähnliche Lage“ der Betroffenen betont *Werkmeister*, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, S. 187 (203).

<sup>276</sup> Vgl. im Überblick *Hufen*, StaatsR II, § 20 Rn. 14.

<sup>277</sup> So v. Münch/Kunig/v. Arnould/Martini, Art. 16a Rn. 54; Dreier/*Eichenhofer*, Art. 16a Rn. 87; vgl. auch *Hufen*, StaatsR II, § 20 Rn. 14.

<sup>278</sup> BVerfGE 60, 253 (295); 94, 166 (199 f.); NVwZ-RR 2008, 643 (644); *Bethge*, NJW 1982, 1 (5); Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, Art. 16a Rn. 329; Sachs/*Will*, Art. 16a Rn. 49; der Sache nach auch *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (5); *ders.*, FS Eichenberger, S. 183 (185).

<sup>279</sup> *Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (5).

<sup>280</sup> BVerfGE 60, 253 (295).

Asylanspruch erst durch die verfahrensmäßige Anerkennung der Berechtigung entsteht, werden v. a. die tatsächlichen Unklarheiten, die das Asylverfahren ausräumen müsse, angeführt: „Notwendig ist [...] die anspruchsvolle und mit großer Unsicherheit belastete Feststellung sowie Würdigung eines Auslandssachverhalts, was den Kern des Asylverfahrens ausmacht. Die prozedural-epistemische Kontingenz ist vergleichsweise breit, das Verfahrensergebnis also auch von Zufälligkeiten und v. a. Eigenleistungen der Entscheidenden abhängig, die die abstrakt-generelle Programmierung durch Gesetz nur sehr begrenzt steuern kann.“<sup>281</sup>

Das lässt sich für § 34 StGB fruchtbar machen. Allgemein ist die staatliche Entscheidungsfreiheit über Immigrationsfragen im Zusammenhang mit dem Asyl- und Flüchtlingsrecht durch völker-, menschen- und grundrechtliche Vorgaben begrenzt.<sup>282</sup> Das spricht gegen einen Vorrang des Asylverfahrens. Allerdings ist dessen Ergebnis aufgrund der beschriebenen *tatsächlichen Unsicherheiten* nicht hinreichend vorprogrammiert, sondern das Verfahren stellt sich aus Sicht der Je-desto-Formel als Entscheidungsverfahren dar. Es geht hierbei nicht um ein der Behörde eingeräumtes Ermessen, sondern um die Notwendigkeit, tatsächliche Unklarheiten innerhalb des Verfahrens zu überwinden.<sup>283</sup> Infolge dieser Unklarheiten ist es Sache der zuständigen Behörde und nicht des privaten Notstandstäters (d. h. Asylbewerbers), das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Asylrechts nach Art. 16a Abs. 1 GG bzw. des AsylG zu beurteilen. Daher entfaltet das Asylverfahren Vorrang innerhalb des § 34 StGB.

Die Auswirkungen dieses Vorrangs zeigen sich in den Beispielsfällen. Wurde das vorrangige Verfahren noch nicht durchgeführt, gilt ein Verfahrensvorbehalt, d. h. der Notstandstäter muss das Verfahren einleiten und seinen Ausgang abwarten.<sup>284</sup> Dieser Pflicht kam der Täter sowohl im Fall des OLG Frankfurt a. M.<sup>285</sup> als auch in dem des BayObLG<sup>286</sup> nach, doch wurde sein Antrag jeweils behördlicherseits abgelehnt. Jedenfalls im Fall des OLG Frankfurt a. M. war diese Ablehnung rechtswidrig. Weil unabhängig davon, ob man der Anerkennung konstitutive oder deklaratorische Wirkung zuspricht, jedenfalls ein Anspruch auf Anerkennung besteht, verletzt die rechtswidrige Versagung den Antragsteller in seinen Rechten. Deshalb könnte er sich dagegen außerhalb des rechtfertigenden Notstands zur Wehr setzen. Innerhalb des § 34 StGB dürfen daher vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens ergriffen werden. Diese umfassen das vorläufige Verbleiben im Bundesgebiet

---

<sup>281</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, Art. 16a Rn. 329.

<sup>282</sup> Vgl. nur *Werkmeister*, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, S. 187 (191).

<sup>283</sup> Diese Einsicht mildert womöglich auch die nicht gänzlich unberechtigten kriminalpolitischen Bedenken gegen das prozedurale Schutzgut des § 95 AufenthG (z. B. bei *Werkmeister*, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), *Strafrecht und Politik*, S. 187 (196 ff.)) ab.

<sup>284</sup> Vgl. auch BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 08.12.2014 – 2 BvR 450/11 –, juris Rn. 60; *Abra-menko*, NStZ 2001, 71 (72).

<sup>285</sup> OLG Frankfurt, StV 1988, 301.

<sup>286</sup> BayObLG, Beschl. v. 22.03.1996 – 4St RR 39/96 –, juris.

bis zum Abschluss des Verfahrens, wenn bei einer Rückkehr ins Heimatland Leib und Leben gefährdet wären. Mit dem Tod des Asylbewerbers erübrigte sich eine zweite behördliche Entscheidung über seine Asylberechtigung. Daher handelte der Täter im Fall des OLG Frankfurt a. M. nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>287</sup> Wenn demgegenüber die Ablehnung der Anerkennung als Asylberechtigter *rechtmäßig* erfolgte, ist dies auch innerhalb des § 34 StGB zu respektieren. Insgesamt führt dies dazu, dass sich einerseits lediglich Asylbewerber, die die Voraussetzungen des Art. 16a GG und des AsylG erfüllen, rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten,<sup>288</sup> sie aber andererseits nur um der „Stabilisierungsfunktion verwaltungsrechtlicher Ordnungssysteme“<sup>289</sup> Willen keine irreversiblen Nachteile infolge eines rechtswidrigen Verhaltens der Behörden erdulden müssen.<sup>290</sup> Dieselben Grundsätze gelten auch für Begleitdelikte.<sup>291</sup>

### bb) Kriegsdienstverweigerer

Mit ähnlichen Überlegungen lässt sich der Fall des BayObLG zum Wehrstrafrecht<sup>292</sup> lösen. Durch die Begrenzung der Wehrpflicht in § 2 WPfG auf den Spannungs- oder Verteidigungsfall hat das Beispiel eher historischen Charakter. Es verdeutlicht allerdings nochmals die soeben angestellten Überlegungen. Auch hier berief sich der Täter auf eine grundrechtliche Gewährleistung (Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG), die von einer behördlichen Anerkennung abhängt (§ 2 KDVG),

<sup>287</sup> Ebenso OLG Frankfurt, StV 1988, 301 (302); allgemein offen gegenüber einer Notstandsrechtfertigung auch *El-Ghazi/Fischer-Lescano*, StV 2015, 386 (389 f.); Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 23.

<sup>288</sup> Damit sind die Bedenken, die Abwägungen im behördlichen Verfahren oder im Asyl- und Ausländerrecht würden unterlaufen (*Abramenko*, NStZ 2001, 71 (72 f.); *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 54; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 232; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 162) entkräftet.

<sup>289</sup> So der Zweck des § 95 AufenthG, vgl. *MüKoStGB/Gericke*, § 95 AufenthG Rn. 1; kritisch bzgl. einer damit verbundenen Bestrafung des Notstandstäters allein wegen der „Verletzung von untergeordneten Ordnungswerten“ auch Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 23.

<sup>290</sup> Hier zeigt sich ein Unterschied zur Verortung des Vorrangs staatlicher Verfahren auf Ebene der Notstandslage, genauer: beim notstandsfähigen Rechtsgut (dazu oben C.IV.2.a)aa), S. 161 ff.). Mit einem prozeduralen Rechtsgutsbegriff ließe sich vertreten, der Anspruch auf Asylrecht aus Art. 16a Abs. 1 GG stelle aufgrund seiner Verfahrenabhängigkeit außerhalb des Verfahrens kein notstandsfähiges Rechtsgut dar. Daraus folgte die Absage an jede Notstandsrechtfertigung der Aufenthaltsdelikte. Für Gefahren für Leib und Leben des Betroffenen würde dies jedoch nicht gelten: Leben und körperliche Unversehrtheit sind nicht in demselben Sinne verfahrensabhängig wie Art. 16a Abs. 1 GG. Zum Schutz von Leib und Leben wäre eine Rechtfertigung des unerlaubten Aufenthalts und der Einreise mithilfe strafbarer Mittel also möglich. Das hier vertretene Vorgehen ist vorzuziehen, weil mit der a. A. auch der nicht politisch, sondern „nur“ von seiner Familie verfolgte gerechtfertigt handelte, wenn es um Gefahren für Leib und Leben geht, und die Entscheidung des Art. 16a Abs. 1 GG umgangen würde. Dadurch, dass der Vorrang staatlicher Verfahren keinen Einfluss auf den Kreis notstandsfähiger Rechtsgüter hat, sondern auf Ebene der Angemessenheit verortet wird, gilt er einheitlich für alle Rechtsgüter und nicht nur für tatsächlich oder vermeintlich verfahrenabhängige Grundrechte.

<sup>291</sup> Für eine Rechtfertigung der Begleitdelikte OLG Frankfurt, StV 1997, 78; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 30; dagegen OLG München, Beschl. v. 29.03.2010 – 5St RR (II) 79/10 –, juris Rn. 11.

<sup>292</sup> BayObLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris; dargestellt oben B.II.4.c)bb), S. 50.

welche im konkreten Fall rechtswidrig verweigert wurde. Die Rechtfertigung der §§ 15, 20 WStG hängt v. a. davon ab, ob das Verfahren zur Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer innerhalb des § 34 StGB vorrangig ist und dieser Vorrang beachtet wurde.

Ein Vorrang des Anerkennungsverfahrens lässt sich mit ähnlichen Erwägungen begründen, wie sie auch im Fall des Art. 16a Abs. 1 GG maßgeblich waren. Erstens dient das Verfahren nach KDVG dazu, festzustellen, ob der Betroffene die tatsächlichen Voraussetzungen des Verweigerungsrechts erfüllt. Dabei kommt es darauf an, ob Zweifel an der Wahrheit der Gewissensentscheidung bestehen (§§ 5, 6 KDVG).<sup>293</sup> Auch hier geht es um Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht.<sup>294</sup> Zweitens spricht das BVerfG bei Art. 4 Abs. 3 GG davon, das Grundrecht stehe unter „Verfahrensvorbehalt“, und deutet damit eine mit der konstitutiven Wirkung der Anerkennung als Asylberechtigter vergleichbare Wirkung der Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer an.<sup>295</sup> Wie in den vorstehenden Fällen zum Asylrecht ist daher auch das Verfahren nach KDVG innerhalb des § 34 StGB vorrangig.

Im Fall des BayObLG endete dieses Verfahren mit einer *rechtswidrigen* Versagung. Diese verletzt den Antragsteller in seinen subjektiven Rechten (Anspruch auf Anerkennung), weshalb auch hier vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens erlaubt sind. Weder die eigenmächtige Abwesenheit von der Truppe (§ 15 WStG) noch die Gehorsamsverweigerung (§ 20 WStG) verhindern allerdings das Entstehen vollendeter Tatsachen. Über den Antrag des Betroffenen hätte auch dann noch entschieden werden können, wenn er der Einberufung durch das Kreiswehersatzamt und den Befehlen seines Vorgesetzten vorerst nachgekommen wäre. Anders wäre dies nur, wenn der Betroffene direkt in einen Kampfeinsatz mit möglicherweise irreversiblen (ggf. tödlichen) Folgen geschickt worden wäre. Im konkreten Fall handelte es sich nicht mehr nur um vorläufige Maßnahmen. Der Betroffene hätte also den Ausgang des Verfahrens abwarten müssen und handelte nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>296</sup>

---

<sup>293</sup> Maßgeblich ist die Ernsthaftigkeit und Schlüssigkeit des Vorbringens, siehe Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, Art. 4 Rn. 252.

<sup>294</sup> Vgl. etwa Oldiges/Brinktrine, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht III, § 74 Rn. 198; v. Mangolt/Klein/Starck/Starck, Art. 4 Rn. 178–181.

<sup>295</sup> BVerfGE 69, 1 (25); siehe auch Bethge, NJW 1982, 1 (5); Ossenbühl, DÖV 1981, 1 (5); ders., FS Eichenberger, S. 183 (185). Nimmt man die Parallele ernst, kann man mit dem BayObLG vertreten, das Recht zur Kriegsdienstverweigerung hänge von der Anerkennung durch die Behörde ab (BayObLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris Rn. 18; vgl. auch v. Hippel, JR 1977, 118 (119): Es kommt auf die formelle Anerkennung der Gewissenslage an.). Allerdings betont das BVerfG, dass Art. 4 Abs. 3 GG unmittelbar geltendes Recht sei und keiner Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedürfe (BVerfGE 12, 45 (53)). Ob dem Anerkennungsverfahren eine echte konstituierende Wirkung zukommt, darf also bezweifelt werden. Unabhängig davon bleibt es beim Vorrang aufgrund der tatsächlichen Unklarheit über die Wahrhaftigkeit der Gewissensentscheidung.

<sup>296</sup> Im Ergebnis ebenso BayObLG, Beschl. v. 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76 –, juris Rn. 19.

## cc) Fehlurteil und Wiederaufnahme

Mit der Bewältigung tatsächlicher Unsicherheiten hängt auch das letzte Beispiel zur Je-desto-Formel zusammen.<sup>297</sup> Die Rede ist von dem aus materiell-rechtlicher Sicht unschuldig Verurteilten, der gewaltsam (z. B. §§ 223 ff., 240, 303 StGB) aus dem Gefängnis ausbricht.<sup>298</sup>

## (1) Begründungsschwierigkeiten

In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass in dem Fall eine Notstandsrechtfertigung ausgeschlossen sein soll und sich die Verteidigungsmöglichkeiten des Unschuldigen gegen das materiell fehlerhafte Strafurteil auf die Einleitung eines Wiederaufnahmeverfahrens nach §§ 359 ff. StPO beschränken sollen.<sup>299</sup> Schon mit Blick auf die praktischen Auswirkungen gegenteiliger Annahmen leuchtet dies ein. Allerdings bereitet die Begründung dieses Ergebnisses Schwierigkeiten. Dass ein wie auch immer verstandenes staatliches Gewaltmonopol, der Rechtsfrieden oder andere „fundamentale Ordnungsprinzipien“ eine überzeugende Begründung des Ausschlusses der Notstandsrechtfertigung zu liefern unfähig sind,<sup>300</sup> ergibt sich aus dem bisherigen Verlauf der Untersuchung. Das gilt auch für den Umstand, dass das Wiederaufnahmeverfahren – zumal dann, wenn es im Einzelfall *nicht* zulässig und begründet ist – kein gleich geeignetes milderes Mittel im Sinne der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr darstellt.<sup>301</sup> Auch eine Verneinung der Notstandsangelegenheit mangels schutzwürdigen Rechtsguts, weil die Vollstreckung des Urteils rechtmäßig und daher die Freiheitsentziehung zu dulden ist, ist mit dem hier vertretenen Rechtsgutsbegriff bei § 34 StGB abzulehnen.<sup>302</sup> All diesen Ansätzen liegt entweder ein falsches

<sup>297</sup> Die Parallele zwischen Strafprozess und dem Anerkennungsverfahren nach Asylrecht zieht auch Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, Art. 16a Rn. 329. Freilich hat eine strafrechtliche Verurteilung keine konstitutive Wirkung wie die Anerkennung als Asylberechtigter (anders die veraltete materielle Rechtskrafttheorie, vgl. nur die Darstellung bei Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 52 Rn. 9).

<sup>298</sup> Dargestellt oben B.III.4.b(cc)(3), S. 86 ff.

<sup>299</sup> Guido Britz/Müller-Dietz, JuS 1998, 237 (239 f.); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 255; Gaul, AcP 168 (1968), 27 (61); Greco, ZStW 134 (2022), 1 (91 f.); Kühl, AT, § 8 Rn. 32, 155 und 178; Lenckner, GA 1985, 295 (312 f.); Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; Neuheuser, Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht, S. 111 ff.; NK/Neumann, § 34 Rn. 119; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; Paglotke, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 55, 58 ff. und 90 f.; Rengier, AT, § 19 Rn. 57; Renzikowski, Notstand und Notwehr, S. 253 f.; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 54; Schumann, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 338; Timpe, JuS 1985, 25 (36); LK/Zieschang, § 34 Rn. 162; Zimmermann, JuS 2011, 629 (633); a. A. SK/Hoyer, § 34 Rn. 101.

<sup>300</sup> So aber z. B. Lenckner, GA 1985, 295 (312); Neuheuser, Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht, S. 113; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 286; LK/Zieschang, § 34 Rn. 162; allgemein dazu oben D.II.4.c)bb)(3), S. 267 ff.

<sup>301</sup> So aber z. B. LK/Zieschang, § 34 Rn. 162; allgemein dazu oben C.IV.2.b), S. 174 ff.

<sup>302</sup> So aber z. B. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 77; Renzikowski, Notstand und Not-

Verständnis des rechtfertigenden Notstands oder eine andere hier nicht geteilte Prämisse zugrunde. Ohne eine estatistische oder kollektivistische Grundhaltung ist es nicht einzusehen, dass ein Unschuldiger zum Schutz von Rechtssicherheit und Rechtskraft<sup>303</sup> Straftat erdulden muss. Das auf den ersten Blick einleuchtende Ergebnis der h. M. ist also im demokratischen Rechtsstaat mit Begründungsschwierigkeiten verbunden.

Die hier entwickelten Kriterien machen eine solche Begründung möglich. Der Rechtfertigung eines gewaltsamen Gefängnisausbruchs nach § 34 StGB könnte der Vorrang staatlicher Verfahren entgegen stehen. Ein staatliches Verfahren entfaltet innerhalb des Notstands Vorrang, wenn sein Ausgang im Vorfeld hinreichend offen ist. Als möglicherweise vorrangiges Verfahren kommt sowohl das Wiederaufnahmeverfahren nach den §§ 359 ff. StPO als auch das fehlerhaft geendete erste Strafverfahren in Betracht. Der Annahme eines echten Entscheidungsspielraums im Strafverfahren steht nun – zumindest was die Strafbegründung angeht<sup>304</sup> – Art. 103 Abs. 2 GG entgegen. Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass die Strafbarkeit bereits außerhalb des Strafverfahrens durch Gesetz hinreichend bestimmt ist.<sup>305</sup> Käme dem Gericht eine Art Beurteilungs- oder Ermessensspielraum bei der Strafbegründung zu, wäre dies verfassungswidrig.<sup>306</sup> Auch das Wiederaufnahmeverfahren sieht keine Spielräume bei der rechtlichen Beurteilung vor. Vielmehr setzt die Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten lediglich einen Anspruch des unschuldig Verurteilten durch.<sup>307</sup> All dies spricht *gegen* einen Vorrang des die gesetzgeberische Entscheidung über die Strafbarkeit durchsetzenden ersten Strafverfahrens und des den Freilassungsanspruch des Verurteilten durchsetzenden Wiederaufnahmeverfahrens und stattdessen *für* eine Rechtfertigung nach § 34 StGB.<sup>308</sup>

---

wehr, S. 257; in die Richtung auch *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 248; dagegen oben C.IV.2.a)aa), S. 161 ff.

<sup>303</sup> Bezug zur Rechtskraft z. B. bei *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 257 mit Fn. 79.

<sup>304</sup> Das Problem der „Punktstrafe“ kann hier nicht vertieft werden; dazu BGHSt 27, 3 ff.

<sup>305</sup> Siehe nur BVerfGE 126, 170 (194).

<sup>306</sup> Damit wird nicht vom verfassungsrechtlichen Sollen auf das einfachgesetzliche Sein geschlossen, sondern nur eine pragmatische Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit des geltenden Strafrechts zugrunde gelegt.

<sup>307</sup> Dessen genaue Konstruktion kann hier dahingestellt bleiben. Naheliegend ist aus grundrechtlicher Sicht ein Anspruch aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 104 Abs. 1 GG, weil es sich bei der materiell zu Unrecht erfolgten Verurteilung und Inhaftierung um einen nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriff handelt. Zu den straftheoretischen Hintergründen weiterführend *Greco*, Strafprozess-theorie und materielle Rechtskraft, S. 898 ff.

<sup>308</sup> Freilich könnte in der prozessrechtlichen *Normierung* des Wiederaufnahmeverfahrens eine vorrangige Entscheidung des Gesetzgebers gesehen und dieser eine Art negativer Sperrwirkung gegenüber privatem Vorgehen entnommen werden (so wohl *Zimmermann*, JuS 2011, 629 (633)). Dies hätte jedoch zur Folge, dass, wenn die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme im konkreten Fall vorliegen, ein Ausbruch nach § 34 StGB gerechtfertigt wäre, ohne dass das Verfahren eingeleitet werden müsste.

## (2) Künstliche Offenheit des Strafverfahrens kraft Unschuldsvermutung

Dass dem jedoch auch nach den hier entwickelten Grundsätzen nicht so ist, liegt an der Bedeutung des Strafverfahrens insgesamt und besonders des Wiederaufnahmeverfahrens für den Umgang mit tatsächlicher Unsicherheit. Die hinter dem soeben ermittelten Zwischenergebnis – Rechtfertigung trotz Wiederaufnahmeverfahren – stehende Annahme, der Ausgang des Strafverfahrens inklusive der Wiederaufnahme nach §§ 359 ff. StPO stehe bereits im Voraus fest, ist auf den ersten Blick ebenso zweifelhaft wie die gegenteilige Vorstellung, erst das gerichtliche Verfahren stelle die Entscheidung über die Strafbarkeit her. Dass beide Thesen nicht vollständig überzeugen, liegt daran, dass ihnen verschiedene Perspektiven zugrunde liegen und sie daher aus der jeweils entgegengesetzten Sicht angezweifelt werden können.<sup>309</sup> Aus Sicht des Angeklagten und aus Sicht einer außerhalb des Verfahrens angesiedelten „objektiven Wirklichkeit“ (deren Existenz und Erkennbarkeit hier vorerst unterstellt werden soll) besteht *keine* Ungewissheit über die Schuldfrage. Der Angeklagte weiß, ob er die Tat begangen hat oder nicht.<sup>310</sup> Die Verurteilung des materiell Unschuldigen ist aus dieser Sicht also von vornherein falsch. Sie ist innerhalb des § 34 StGB nicht vorrangig, weil sie nur der Durchsetzung der gesetzlichen Entscheidung über Strafbarkeit und Strafflosigkeit dient oder sich § 359 Nr. 5 StPO die prozessrechtliche Entscheidung entnehmen lässt, dass der zu Unrecht Verurteilte ein fehlerhaftes Verfahrensergebnis nicht hinnehmen muss. Demgegenüber besteht aus der Perspektive der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts vor Einleitung des Strafverfahrens und des Wiederaufnahmeverfahrens eine hohe Ungewissheit über die Schuldfrage, weil *diese Akteure* weder Anteil am Wissen des Angeklagten haben noch im Besitz eines unbegrenzten Wissens über die „objektive Wirklichkeit“ sind. Vielmehr dient das Verfahren der Ermittlung eines mit der Wirklichkeit bestmöglich übereinstimmenden Sachverhalts.<sup>311</sup> Weder der Ausgang des Strafverfahrens noch der des Wiederaufnahmeverfahrens stehen in der Perspektive der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts daher im Voraus fest.<sup>312</sup> Folglich hätten beide Verfahren nach der Je-desto-Formel Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Entscheidend für den Vorrang staatlicher Verfahren ist also, wessen Perspektive maßgeblich ist: die des Angeklagten und einer verfahrensexternen objektiven Wirklichkeit oder die der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts.

Dass die für die rechtliche Beurteilung maßgebliche Tatsachengrundlage aus Sicht der zuständigen Stelle im Verfahren erst ermittelt werden muss, gilt für jedes Verfahren. Oft liegen dabei aber die Perspektiven der Beteiligten wegen der Überschaubarkeit der Situation so nahe beieinander, dass das Verfahren einen nur geringen eigenen Beitrag zur Sachverhaltsermittlung leistet. Das ist auch im Straf- und Wiederauf-

<sup>309</sup> Vgl. auch Hörnle, GA 2022, 184 (193); Gedanke angedeutet bei Gaul, AcP 168 (1968), 27 (61).

<sup>310</sup> Hörnle, GA 2022, 184 (193).

<sup>311</sup> Allgemein dazu oben D.III.2.a)bb), S. 308 ff.

<sup>312</sup> Vgl. auch Radtke, Systematik des Strafklageverbrauchs, S. 42–44.

nahmeverfahren denkbar: Wenn beispielsweise ein Vertreter der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts zufällig die jeweilige Tat beobachtet oder eine Videoaufzeichnung darüber vorliegt, bestehen nur wenige tatsächliche Zweifel an der Täterschaft und Schuld des Angeklagten.<sup>313</sup> Dass auch mit einem Angeklagten, dessen Schuld in diesem Sinne unzweifelhaft ist, nicht „kurzer Prozess“ gemacht wird, liegt jedoch, und dies ist entscheidend, an der Unschuldsvermutung. Diese verbietet „zum einen, im konkreten Strafverfahren ohne gesetzlichen, prozessordnungsgemäßen [...] Schuld nachweis Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln; zum anderen verlangt sie den rechtskräftigen Nachweis der Schuld, bevor dem Verurteilten diese im Rechtsverkehr allgemein vorgehalten werden darf.“<sup>314</sup> Bis zur gerichtlichen Feststellung seiner Schuld muss der Angeklagte behandelt werden, als wäre er unschuldig.<sup>315</sup> Im Strafverfahren kommt es auf eine objektiv oder materiell feststehende Schuld deshalb nur an, soweit sie auf prozessordnungsgemäßem Weg in das Verfahren eingeführt wurde. Damit setzt sich die Perspektive der Strafverfolgungsbehörden gegenüber der Perspektive des Angeklagten und der objektiven Wahrheit durch. Mit der Unschuldsvermutung wird das Strafverfahren bis zum (rechtskräftigen) Schuld nachweis künstlich offen gehalten,<sup>316</sup> und dies unabhängig davon, wie groß die tatsächliche Ungewissheit im Einzelfall ist. Wenn man so will, handelt es sich um eine normativ geforderte tatsächliche Ungewissheit, die die Offenheit des Verfahrens begründet. Innerhalb des rechtfertigenden Notstands folgt daraus ein Vorrang des Strafverfahrens.<sup>317</sup>

### (3) Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens

Dasselbe muss auch für das Wiederaufnahmeverfahren gelten.<sup>318</sup> Auch hier wird nicht unmittelbar an eine materielle (Un-)Schuld angeknüpft, sondern § 359 Nr. 5 StPO verlangt neue Tatsachen oder Beweismittel, die geeignet sind, die Feststellun-

<sup>313</sup> Ein Beispiel hierfür liefert etwa *Greco* mit dem Fall des „Dachauer Schützen“, welcher im Gerichtssaal den Vertreter der Staatsanwaltschaft erschoss, siehe *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 186 f., 191 f., 207 f., 212 f., 242 f. und 255 f.; ein anderes Beispiel findet sich bei *Spendel*, JuS 1964, 465 (468): Erschießung des US-amerikanischen Präsidenten wird live im TV ausgestrahlt und aufgezeichnet.

<sup>314</sup> BVerfGE 74, 358 (371).

<sup>315</sup> Weiterführend *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 240–243 und 315 f.

<sup>316</sup> Vgl. auch *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, S. 531 f.

<sup>317</sup> Den Zusammenhang zwischen Unschuldsvermutung und Verfahren betont auch *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, S. 520 und 530 ff.: Die Unschuldsvermutung diene dem Schutz des Verfahrens selbst. Folglich würde eine Bestrafung ohne vorheriges Strafverfahren gegen die Unschuldsvermutung verstoßen. So lässt sich ein Vorrang des staatlichen Strafverfahrens ohne Rückgriff auf in ihren Prämissen fragwürdige staatsphilosophische Argumente begründen; siehe zur Diskussion um ein staatliches Strafmonopol etwa *Harel*, Legal Theory 14 (2008), 113 ff.; *ders.*, Why Law Matters, S. 65 ff.; *ders.*, in: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (Hrsg.), Criminal Law and the Authority of the State, S. 229 ff.

<sup>318</sup> Zur ähnlichen Diskussion bzgl. der Wiederaufnahme *zuungunsten* des Beschuldigten *Slogs-*

gen des alten Schuldspruchs zu erschüttern.<sup>319</sup> Es kommt also darauf an, die Zweifel an der Schuld des Verurteilten innerhalb eines Verfahrens festzustellen.<sup>320</sup> Die durch den alten Schuldspruch hergestellte Gewissheit über die Schuld des Angeklagten muss beseitigt werden, und dies kann nur auf demselben Weg geschehen, wie die Gewissheit erstmals entstanden ist.<sup>321</sup> Damit setzt sich die im ursprünglichen Verfahren mit der Unschuldsvermutung begründete Maßgeblichkeit der verfahrensin-ternen Perspektive im Wiederaufnahmeverfahren fort.<sup>322</sup> Auch beim Wiederaufnahmeverfahren ist also die Perspektive des Gerichts maßgeblich,<sup>323</sup> und aus dessen Sicht muss eine ebenso hohe Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens bestehen wie beim ursprünglichen Strafverfahren auch, weil nur so das Ergebnis des Wiederaufnahmeverfahrens (Zweifel an der Schuld) ein ebenso hohes Gewicht hat wie das Ergebnis des alten Schuldspruchs (Überzeugung von der Schuld, § 261 StPO). Auf diesem Weg lässt sich ein Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens innerhalb des § 34 StGB als Fortwirkung eines Vorrangs des Strafverfahrens und als Kehrseite der Unschuldsvermutung begründen.

#### (4) Ergebnis und Ausnahme

Ob der Angeklagte „wirklich“ schuldig ist oder nicht, kann und darf verbindlich nur im Straf- und Wiederaufnahmeverfahren geklärt werden. Im Ergebnis ist sowohl der Ausgang des Strafverfahrens insgesamt als auch der des Wiederaufnahmeverfahrens offen, und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene materiell schuldig ist oder nicht. Daher ist das Wiederaufnahmeverfahren innerhalb des § 34 StGB vorrangig. Im Fall des zu Unrecht Inhaftierten gilt also ein Verfahrensvorbehalt: Es ist zuerst das Wiederaufnahmeverfahren einzuleiten und durchzuführen. Weil sich der Gefängnisausbruch nicht als vorläufige Maßnahme zum Erhalt der Offenheit des Verfahrens einordnen lässt, scheidet eine Notstandsrechtfertigung des gewaltsamen Ausbruchs am Vorrang staatlicher Verfahren innerhalb des § 34 S. 2 StGB und ist daher rechtswidrig.<sup>324</sup>

---

nat, ZStW 133 (2021), 741 (756 f.) einerseits und Hörnle, GA 2022, 184 (193) andererseits; vgl. auch Radtke, Systematik des Strafklageverbrauchs, S. 42–44.

<sup>319</sup> Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, § 368 Rn. 10.

<sup>320</sup> Radtke, Systematik des Strafklageverbrauchs, S. 43.

<sup>321</sup> Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 925.

<sup>322</sup> Außerhalb des § 359 Nr. 5 StPO lässt sich dies mit dem Umstand, dass alle anderen Wiederaufnahmegründe auf Fehler des Verfahrens und gerade nicht auf eine materielle Unrichtigkeit des rechtskräftigen Urteils bezogen sind (Neumann, ZStW 101 (1989), 52 (56 ff.); ders., Wahrheit im Recht, S. 47), belegen.

<sup>323</sup> Für die anschließende Hauptverhandlung (§§ 370 Abs. 2, 373 StPO) gilt das zum Strafverfahren Gesagte.

<sup>324</sup> Zur Entschuldigung nach § 35 StGB etwa Hörnle, JuS 2009, 873 (880). Ein Wort zur Einordnung des Falls: Indem die Offenheit des Verfahrens mit der Unschuldsvermutung begründet wird, zeigen sich Verbindungen zwischen den Zwecken des Verfahrens als Institution und den Zwecken des Verfahrensrechts und auch zwischen der Suche nach der „materiellen Wahrheit“ als Verfahrenszweck und der a. A., die für eine prozessuale Wahrheit votiert (Nachweise oben D.III.2.a)bb),

Anders zu beurteilen wäre dies, wenn der Inhaftierte z. B. aus einem brennenden Gefängnis ausbrechen würde, um Leib und Leben zu retten.<sup>325</sup> Was einen möglichen Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens angeht, ließe sich der Ausbruch aus einem brennenden Gefängnis zwar als vorläufige Maßnahme zur Verhinderung des Eintritts vollendeter Tatsachen qualifizieren – ein toter Verurteilter kann noch so unschuldig sein, er wird nicht mehr freigesprochen<sup>326</sup> –, doch liegen die Dinge hier schon aus anderen Gründen anders. Wer beim Gefängnisbrand mit einer Ausnahme zum Vorbehalt des Wiederaufnahmeverfahrens in § 34 StGB arbeitet, erlaubt zwar dem Unschuldigen den Ausbruch, verpflichtet aber all diejenigen, deren Verurteilung frei von formellen und materiellen Fehlern war, zur Untätigkeit. Das zeigt die Bedeutung der Ermittlung des möglicherweise vorrangigen Verfahrens. Weder das Freiheitsinteresse noch das staatliche Strafverfolgungsinteresse o. ä. stehen im Raum, sondern es geht um Schutz von Leib und Leben der Gefangenen. Hierzu ist weder das Straf- noch das Wiederaufnahmeverfahren einschlägig, sondern Maßstäbe ergeben sich aus dem Verfassungsrecht. Dieses verpflichtet den Gefängnisbetreiber zur Rettung der ihm anvertrauten Insassen. Mit *dieser* verfassungsrechtlichen Entscheidung stimmen alle individuellen Rettungsmaßnahmen überein und sind daher nach § 34 StGB gerechtfertigt. Dadurch dürfen sich nicht nur materiell Unschuldige, sondern alle Gefangenen retten – freilich nicht, um sich dauerhaft der Haft zu entziehen.<sup>327</sup>

#### 4. Ergebnis zur Je-desto-Formel

Die Je-desto-Formel beschreitet einen Mittelweg zwischen einer strengen Einschränkung des § 34 StGB zugunsten staatlicher Durchsetzungstätigkeit auf der einen und einer Aufweichung staatlicher Entscheidungsbefugnisse zugunsten einer umfassenden Gesamtabwägung bei § 34 StGB auf der anderen Seite. Weil staatliche Durchsetzungsverfahren keinen Vorrang entfalten, wird der Täter nicht nur wegen formellen

---

S. 308 ff.). Der normativ begründeten Offenheit des Verfahrens entspricht auf den ersten Blick das Konzept prozessualer Wahrheit, weil die Unschuldsvermutung dem Verfahrenszweck der Ermittlung der materiellen Wahrheit entgegen zu stehen scheint. So gesehen handelt es sich bei der Unschuldsvermutung um eine externe Begrenzung der Zwecke des Verfahrens durch das *Verfahrensrecht*. Der Vorrang des Strafverfahrens kraft Unschuldsvermutung könnte folglich auch als *Vorrang grundrechtsschützender Verfahren* eingeordnet werden. Allerdings lässt sich so der Vorrang des Wiederaufnahmeverfahrens als Kehrseite der Unschuldsvermutung nicht begründen (denkbar wäre hier allenfalls ein Abstellen auf Grundrechte des Wachpersonals). Zudem dient die Unschuldsvermutung auch der Absicherung der Zwecke des Verfahrens an sich, indem sie vermeidet, dass ein Unschuldiger zu Unrecht verurteilt wird. Der Fall steht also gewissermaßen zwischen dem Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel und dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren.

<sup>325</sup> Beispiel auch bei *Bergelson*, *Criminal Law and Philosophy* 6 (2012), 289 (296); für eine andere Ausnahme bei Missbrauch durch Mitgefangene siehe *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (80).

<sup>326</sup> Zum Tod des Angeklagten als Prozesshindernis siehe *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 21 Rn. 11.

<sup>327</sup> Vergleichbare Überlegungen liegen § 455a StPO zugrunde.

Ordnungsunrechts oder Verwaltungsungehorsams bestraft.<sup>328</sup> Die nicht-vorrangigen Verfahren werden damit aber keineswegs „ad absurdum“ geführt,<sup>329</sup> sondern außerhalb des rechtfertigenden Notstands besteht eine Vermutung für einen (schwachen) Vorrang derselben gegenüber privatem Tätigwerden,<sup>330</sup> und notstandsintern kommt eine eigenständige Bedeutung der Durchsetzungsverfahren hinzu, wenn diese dem prozeduralen Grundrechtsschutz dienen (dazu sogleich IV.). Was staatliche Entscheidungsbefugnisse angeht, schränkt die Je-desto-Formel den Kreis der nach § 34 StGB gerechtfertigten Handlungen wesentlich ein. Das bindet den rechtfertigenden Notstand an demokratisch legitimierte Entscheidungen an und fügt ihn in die Gesamtrechtsordnung ein. Der rechtfertigende Notstand ist damit kein „Hilfsmittel lebensdienlicher Sozialgestaltung“,<sup>331</sup> das es dem Gesetzgeber ermöglicht, gesellschaftliche Probleme zu erkennen.<sup>332</sup> Andernfalls bestünde für den Gesetzgeber gar keine Notwendigkeit, regelnd tätig zu werden.<sup>333</sup> Vielmehr werden demokratische Entscheidungen und institutionelle Entscheidungskompetenzen geschützt. Im Ergebnis bringt die Je-desto-Formel den rechtfertigenden Notstand auf der einen und staatliche Verfahren auf der anderen Seite zu einem Ausgleich, ohne wahlweise die eine oder die andere Seite auszuhebeln.

## IV. Vorrang grundrechtsschützender Verfahren

### 1. Einleitung

Der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren ergänzt die Je-desto-Formel zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren. In der Literatur ist neben dem Kriterium der gesetzgeberischen Vorwegentscheidungen häufig von einer „Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren“ die Rede.<sup>334</sup> Eine Notstandsrechtfertigung sei ausgeschlossen, wenn die Rechtsordnung die Lösung des Konflikts, d. h. den Schutz des Erhaltungs- und/oder die Beeinträchtigung des Eingriffsguts, auf ein bestimmtes Verfahren kanalisiert.<sup>335</sup> Die Gründe hierfür bleiben aber entweder im Dunkeln oder beruhen auf rechts- und staatstheo-

<sup>328</sup> Vgl. Greco, ZStW 134 (2022), 1 (91); Lesch, StV 1993, 578 (580); Pelz, NSTZ 1995, 305 (306).

<sup>329</sup> Vgl. zur Verwaltungsakzessorietät Lüthge/Klein, ZStW 129 (2017), 48 (55); Roxin/Greco, AT I, § 17 Rn. 66.

<sup>330</sup> Dazu oben D.II.4.c)bb)(4), S. 273 ff.

<sup>331</sup> Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 24.

<sup>332</sup> Roxin, JuS 1976, 505 (510).

<sup>333</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 203f. mit Fn. 115; vgl. auch Jakobs, AT 13/41 mit Fn. 80.

<sup>334</sup> Siehe Matt/Renzikowski/Engländer, § 34 Rn. 35; MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 254; Jakobs, AT, 13/36; Kühl, AT, § 8 Rn. 177; NK/Neumann, § 34 Rn. 119; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; Rengier, AT, § 19 Rn. 57; ders., ZStW 101 (1989), 874 (883).

<sup>335</sup> Jakobs, AT 13/36; vgl. auch MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 249.

retisch fragwürdigen Prämissen.<sup>336</sup> Mit dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren wird hierzu eine auf die beteiligten Individuen ausgerichtete Alternative angeboten, die den Vorrang staatlicher Verfahren von einem etatistischen Staatsverständnis befreit. Dieses Kriterium des prozeduralen Grundrechtsschutzes in § 34 StGB zu konkretisieren und für die praktische Rechtsanwendung handhabbar zu machen, ist Ziel des folgenden Abschnitts.

## 2. Allgemeine Überlegungen

### a) Grundsatz: Vorrang grundrechtsschützender Verfahren

Wenn der Staat als Gesetzgeber Verfahrensnormen erlässt (oder erlassen muss), um die Grundrechte zu schützen, und als Exekutive und Judikative zur grundrechtskonformen Anwendung derselben verpflichtet ist, darf er nicht zugleich privates Vorgehen außerhalb dieser Verfahren rechtfertigen.<sup>337</sup> Die Rechtfertigung des verfahrensfreien Vorgehens Privater verletzt andernfalls die verfahrensrechtlich abgesicherten Grundrechte des Eingriffsoffers. Das führt für den rechtfertigenden Notstand zu einem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren.<sup>338</sup>

### aa) Grundrechtsschützende Verfahren und Je-desto-Formel

Ein staatliches Verfahren ist grundrechtlich relevant, wenn es den Schutzbereich eines Grundrechts berührt.<sup>339</sup> Dabei wurden bereits zwei wichtige Anwendungsbereiche des Grundrechtsschutzes durch Verfahren (im weiteren Sinne) festgehalten: Erstens geht es um mit grundrechtsschützenden Vorkehrungen versehene Verfahren, also z. B. solche, die im Interesse effektiven (Grund-)Rechtsschutzes oder der Abmilderung eines andernfalls unverhältnismäßigen staatlichen Eingriffs einen präventiven Richtervorbehalt oder die Anhörung des Betroffenen vorsehen.<sup>340</sup> Zweitens sind Verfahren zur Verteilung grundrechtlich relevanter knapper Güter wichtig.<sup>341</sup> In beiden Konstellationen ist bei § 34 S. 2 StGB neben dem Vorrang staatlicher Entscheidungsverfahren nach der Je-desto-Formel ein möglicher Vorrang grundrechtsschützender Verfahren zu prüfen.

Innerhalb der zuerst genannten Gruppe (Verfahren mit grundrechtsschützenden Verfahrensregeln) können dabei v. a. solche Verfahren, die von der Je-desto-Formel als bloße Durchsetzungsverfahren eingeordnet werden, aufgrund ihrer grundrechtsschützenden Wirkung Vorrang entfalten. Hier kommt der Frage, *wer* eine staatliche

<sup>336</sup> Vgl. zum Gewaltmonopol des Staates nochmals oben D.II.4.c)bb)(3), S. 267 ff.

<sup>337</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Gedanken beim Streit um die Relevanz materieller Genehmigungsfähigkeit auch *Lütthe/Klein*, ZStW 129 (2017), 48 (72).

<sup>338</sup> Nachweise und Herleitung siehe oben D.III.3, S. 342 ff.

<sup>339</sup> *Hufen/Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Rn. 54.

<sup>340</sup> Dazu oben D.III.3.c), S. 347 ff.

<sup>341</sup> Dazu unten E.IV.3.c), S. 453 ff.

Entscheidung durchsetzt, *grundrechtliche* Bedeutung zu, weil staatliche Durchsetzung verfahrensmäßige Durchsetzung ist und das Verfahren prozeduralen Grundrechtsschutz bewirkt. Bei der zweiten Gruppe (Verteilungsverfahren im weiteren Sinne) hingegen handelt es sich in aller Regel zugleich um Entscheidungsverfahren im Sinne der Je-desto-Formel: Weil in einer Situation der Knappheit nicht jedes grundrechtlich geschützte Interesse vollständig befriedigt werden kann,<sup>342</sup> ist die Entscheidung, wie hier ein Ausgleich geschaffen wird, nicht eindeutig vorherbestimmt, sondern muss erst innerhalb eines entsprechend gestalteten Verfahrens hergestellt werden. Hier ist also die Offenheit des Verfahrens selbst grundrechtlich relevant und die Je-desto-Formel und der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren verstärken sich gegenseitig.

*bb) Auswirkungen auf den rechtfertigenden Notstand*

Anders als ein mit der Je-desto-Formel begründeter Vorrang staatlicher Verfahren, der sich v. a. inhaltlich auf den Kreis der möglicherweise gerechtfertigten Notstandshandlungen auswirkt, jedoch eine Rechtfertigung nicht von vornherein ausschließt, führt der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren oft zu genau einem solchen Ausschluss der Notstandsrechtfertigung. Ist ein staatliches Durchsetzungsverfahren aufgrund seiner Bedeutung für den prozeduralen Grundrechtsschutz vorrangig, sperrt dies jedes private Vorgehen nach § 34 StGB. Zwar kennt auch der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren Ausnahmen (sogleich b)), doch beziehen sich diese nicht auf die Auswirkungen, sondern auf die Feststellung eines solchen Vorrangs selbst. Das Kriterium prozeduralen Grundrechtsschutzes ist in dieser Hinsicht strenger als die Je-desto-Formel. Grundrechtsschützende Verfahren entfalten insoweit Vorrang *gegenüber* und nicht *innerhalb* des § 34 StGB. Anderes gilt, wenn sich der Vorrang *allein* auf ein *Entscheidungsverfahren* bezieht, wie dies etwa bei Verteilungsverfahren häufig der Fall ist. Sofern die (staatliche) *Durchsetzung* einer grundrechtlich relevanten *Verteilungsentscheidung* nicht selbst wiederum Grundrechtsschutz bezweckt, spricht in diesen Fällen nichts gegen privates Vorgehen nach § 34 StGB. Weil auch hier aber noch die Vorgaben der Je-desto-Formel gelten, sind allein solche Handlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit der vorrangigen Verteilungsentscheidung übereinstimmen (Entscheidungsvorrang) oder ausnahmsweise zulässige vorläufige Maßnahmen darstellen (Verfahrensvorbehalt).

Darauf, ob *staatliches* Vorgehen innerhalb des fraglichen Verfahrens zulässig wäre oder nicht bzw. ob das Verfahren bereits durchgeführt wurde oder erst noch einzuleiten wäre, kommt es beim Vorrang grundrechtsschützender Verfahren anders als bei der Je-desto-Formel nicht an. Dass ein Vorgehen innerhalb eines staatlichen Verfahrens aus rechtlichen Gründen (noch) unzulässig ist, ist für den Grundrechtsschutz durch Verfahren irrelevant. Die Grenzen staatlicher Befugnisse ändern nichts

<sup>342</sup> Zur Knappheit Kloepfer/Reinert, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 23 (25 ff.).

an der Verpflichtung des Staates zur Normierung und Einhaltung grundrechtsschützender Verfahrensvorkehrungen, sondern sind im Gegenteil meist selbst grundrechtlich bedingt. Die gegenteilige Ansicht, dass nur ein konkret zulässiges staatliches Verfahren das private Vorgehen sperren kann,<sup>343</sup> hätte zur Folge, dass der Staat sich seiner grundrechtlichen Verpflichtung zugunsten der Privatinitiative auf Grundlage des § 34 StGB entledigen könnte. Ob ein infolge seiner grundrechtlichen Relevanz vorrangiges staatliches Verfahren konkret hätte eingeleitet und durchgeführt werden können oder nicht, ist aus Sicht des Grundrechtsschutzes durch Verfahren mithin irrelevant.

*b) Ausnahme: Gefahr im Verzug*

*aa) Eilfälle bei § 34 StGB*

Eine wichtige Ausnahme gleicht die Strenge des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren wieder aus: Die Bedeutung des prozeduralen Grundrechtsschutzes wird in der Rechtsordnung – sei es im einfachen Recht oder im Verfassungsrecht – wie gesehen herabgesetzt, wenn Gefahr im Verzug vorliegt. Das ist der Fall, wenn die Einhaltung der grundrechtsschützenden Verfahrensregeln einen Zeitverlust zur Folge hätte, der den Erfolg der jeweiligen Maßnahme gefährden würde.<sup>344</sup> In solchen Eilfällen kommt es auf die Erreichung des Zwecks einer Maßnahme an und nicht auf den Grundrechtsschutz durch Verfahren. Diese Ausnahme lässt sich auf § 34 StGB übertragen. Das führt dazu, dass in Eilfällen, in denen die Einhaltung des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren beim rechtfertigenden Notstand mit einem wesentlichen Zeitverlust einherginge und dazu führte, dass die Gefahr nicht mehr abgewendet werden könnte, ausnahmsweise der Weg zur Rechtfertigung privaten Vorgehens wieder offen steht.<sup>345</sup>

*bb) Zusammenspiel mit Je-desto-Formel*

Auch bei Gefahr im Verzug wird dem Notstandstäter jedoch nicht freie Hand gelassen. Vielmehr gilt innerhalb der Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren die Je-desto-Formel. Das ergibt sich, wenn man die Voraussetzungen für Gefahr im Verzug mit den Kategorien von Entscheidung und Durchsetzung vergleicht. Wird die Bedeutung des prozeduralen Grundrechtsschutzes herabgesetzt, wenn andernfalls das materielle Ziel der mit dem Verfahren verfolgten Maßnahme nicht mehr erreicht werden könnte, setzt dies voraus, dass bereits hinreichende Klarheit über besagte Maßnahme besteht. Die Einhaltung eines Verfahrens und seiner Regeln kann nur dann den Erfolg einer Maßnahme gefährden, wenn bereits vorab

<sup>343</sup> Naheliegend bei allen, die den Vorrang staatlicher Verfahren allein als Merkmal der Nicht-anders-Abwendbarkeit betrachten, siehe oben E.II., S. 367 f.

<sup>344</sup> Vgl. zur Anhörung nochmals Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, § 28 Rn. 51; zum Richtervorbehalt etwa BVerfGE 103, 142 (154).

<sup>345</sup> Siehe auch Renzikowski, GS Tröndle, S. 355 (363).

feststeht, welche Maßnahme zu welchem Zweck am Ende des Verfahrens ergriffen werden soll. Die Ausnahme bei Gefahr im Verzug kann also allein bei Verfahren, die sich als (mit grundrechtssichernden Vorkehrungen versehene) Durchsetzungsverfahren darstellen, gelten. Bei Verteilungsverfahren und anderen Verfahren, die einen wesentlichen Spielraum ausfüllen und daher der Herstellung einer eigenen Entscheidung dienen, herrscht hingegen ohne die Verfahrensdurchführung noch Unklarheit über das Verfahrensergebnis – eine Unklarheit, die auch nicht allein durch die besondere Eilbedürftigkeit behoben wird. Eine solche Unklarheit besteht allerdings zumindest aus Sicht des rechtfertigenden Notstands trotz Entscheidungscharakter eines Verfahrens nicht, wenn ausnahmsweise *vorläufige Maßnahmen* ergriffen werden dürfen. Hier ist zwar aus Sicht des Staates der Ausgang des Verfahrens noch offen, doch steht aus Sicht der Je-desto-Formel für § 34 StGB fest, welche Maßnahmen der Täter ergreifen darf, um das Entstehen vollendeter Tatsachen zu verhindern.

Im Ergebnis richtet sich der Kreis der bei Gefahr im Verzug zulässigen Maßnahmen daher insgesamt nach der Je-desto-Formel: Handelt es sich um ein Durchsetzungsverfahren, steht die mit dem Verfahren bezweckte Maßnahme bereits fest; in Eilfällen gilt dann eine Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren. Welche Maßnahme das grundrechtssichernde Verfahren bezweckt, richtet sich nach höherrangigem Recht, und mit dieser staatlichen Entscheidung muss die private Notstandshandlung innerhalb des § 34 S. 2 StGB übereinstimmen (Entscheidungsvorrang). Müsste die Entscheidung erst im grundrechtsschützenden Verfahren getroffen werden, schließt dies privates Vorgehen aus (Verfahrensvorbehalt); die Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei Gefahr im Verzug ergibt dann keinen Sinn. Das Verfahren kann dem Erfolg einer Maßnahme, die ohne dieses Verfahren noch gar nicht feststeht, nicht im Weg stehen. Auch hier sind bei § 34 StGB allerdings vorläufige Maßnahmen zulässig, um das Entstehen vollendeter Tatsachen zu verhindern.<sup>346</sup>

### *c) Auswirkungen auf den rechtfertigenden Notstand*

Wie wirkt sich diese Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei Gefahr im Verzug auf den rechtfertigenden Notstand aus? Zunächst gelten infolge der Übertragung des Merkmals auf § 34 StGB auch dessen Voraussetzungen und Einschränkungen innerhalb des rechtfertigenden Notstands. So darf die Eilbedürftigkeit allgemein und auch bei § 34 StGB nicht durch absichtliches Abwarten herbeigeführt werden.<sup>347</sup> Auch innerhalb der Ausnahme bei Gefahr im Verzug wird damit eine „Flucht in die Notstandsrechtfertigung“ verhindert.<sup>348</sup>

<sup>346</sup> Das liegt im Ergebnis auf einer Linie mit denjenigen, die wegen besonderer Eilbedürftigkeit und tatsächlicher Unmöglichkeit der Verfahrenseinleitung eine Rechtfertigung bejahen, vgl. etwa Bock, ZStW 131 (2019), 555 (570); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 183; Jakobs, AT, 13/37.

<sup>347</sup> BVerfGE 103, 142 (155).

<sup>348</sup> Allgemein dazu oben D.III.3.d)cc), S. 355 f.

Daneben bedingt die Übertragung des Merkmals auf § 34 StGB v. a. eine zeitliche Einschränkung der Notstandsbefugnis. Der Umstand, dass der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei Eilfällen wieder zurückgenommen wird, sodass im Ergebnis „nur“ die Je-desto-Formel gilt, führt dazu, dass neben das von § 34 StGB ohnehin vorausgesetzte Merkmal der gegenwärtigen Gefahr für das Erhaltungsgut ein zweites zeitliches Element tritt.<sup>349</sup> Die Gegenwärtigkeit der Gefahr im Sinne des § 34 S. 1 StGB verlangt einen Zustand, in dem „zum Schutz des bedrohten Rechtsguts Abwehrmaßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Eintritt des Schadens sicher zu verhindern.“<sup>350</sup> Mit dem Kriterium der Gefahr im Verzug im Rahmen des § 34 S. 2 StGB wird dieser zeitliche Rahmen des rechtfertigenden Notstands nun zusätzlich eingeschränkt: Die Lage muss sich derart zugespitzt haben, dass ein Abwenden der Gefahr als Ergebnis des grundrechtsschützenden staatlichen Verfahrens schlechterdings unmöglich wäre, weil sich der Schaden aufgrund der mit dem Verfahren einhergehenden Verzögerung in dem Zeitpunkt bereits verwirklicht hätte. Es muss also nach Lage der Dinge aussichtslos sein, die Gefahr durch das staatliche Verfahren noch abzuwehren.<sup>351</sup>

Von § 34 StGB erfasst bleiben mit dieser zusätzlichen zeitlichen Begrenzung durch den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren jedenfalls akute Gefahrensituationen im Sinne einer Augenblicksgefahr,<sup>352</sup> aber auch Dauergefahren, die sich *jederzeit* in einem Schaden realisieren können.<sup>353</sup> Aus grundrechtlicher Sicht problematisch ist es jedoch, wenn lediglich „längerfristig angelegte Risikosachverhalte“<sup>354</sup> vorliegen. In der Literatur ist an der Stelle häufig von Fällen die Rede, in denen zwar erst nach einer gewissen Zeit ein Schadenseintritt zu erwarten ist, dieser aber nur dann wirksam abgewendet werden kann, wenn sofort gehandelt wird.<sup>355</sup> Insbesondere in sol-

---

<sup>349</sup> Die Bedeutung des zeitlichen Moments der Rechtfertigungsgründe für das Verhältnis zwischen privaten und staatlichen Befugnissen in Notsituationen betont auch *Fletcher*, *University of Pittsburgh Law Review* 57 (1996), 553 (556–558 und 569–571); *Thorburn*, *Yale Law Journal* 117 (2008), 1070 (1108). Zur Bedeutung der Gegenwärtigkeit der Gefahr für den Vorrang staatlicher Verfahren auch *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (485 ff.); *Jakobs*, AT 13/15; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 177 f.; zur Notwehr *Lagodny*, GA 1991, 300 (320).

<sup>350</sup> *Rengier*, AT, § 19 Rn. 12.

<sup>351</sup> Ähnlich *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 177 f.

<sup>352</sup> Dazu allgemein *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 15; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 96; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 62 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 83; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 56; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 17; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 70.

<sup>353</sup> Dazu allgemein *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 15; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 97; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 64 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, AT, § 15 Rn. 84; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 56; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 17; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 21; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 12; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 465; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 70.

<sup>354</sup> *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 94.

<sup>355</sup> Dazu allgemein *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 15; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 98; *Jakobs*, AT, 13/15; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 66–68; *Ludwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, S. 123 f.; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 57; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 17; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 20; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 465; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 71; *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (479) spricht von „Wiederkehrangriffen“; zur

chen Situationen ist genau zu prüfen, ob nicht auch ein Vorgehen innerhalb staatlicher Verfahren noch zur rechtzeitigen Abwehr der Gefahr führen könnte.<sup>356</sup>

Ähnliche Ergebnisse könnten zwar auch mit einer engeren Auslegung des Merkmals der gegenwärtigen Gefahr erzielt werden.<sup>357</sup> Im Unterschied dazu gilt jedoch die hier mit Erwägungen des prozeduralen Grundrechtsschutzes begründete zweite zeitliche Einschränkung des § 34 StGB allein für Fälle, in denen grundrechtsschützende Verfahren betroffen sind. Geht es demgegenüber um Eingriffe in kollektive Rechtsgüter, die keine konkreten Individuen beeinträchtigen (außer in ihrer Rolle als Mitglied einer Gesellschaft oder der Menschheit als solcher), bleibt es bei einem größeren zeitlichen Anwendungsbereich des rechtfertigenden Notstands. Eingriffe in individuelle Rechtsgüter und Eingriffe in ein Kollektivrechtsgut sind also unterschiedlich zu beurteilen. Damit wird die Notstandsbefugnis nur so weit eingeschränkt wie unbedingt notwendig.

### 3. Anwendung auf Beispiele

Diese allgemeinen Überlegungen befähigen zur Lösung der übrigen Beispiele aus dem zweiten Kapitel. Aufgrund des Zusammenspiels des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren mit der Je-desto-Formel kommt dabei auch dieser noch eine wichtige Rolle zu. Für eine ausführliche Darstellung der Fälle sei wiederum auf das zweite Kapitel verwiesen (oben B, S. 9 ff.).

#### a) Private Ermittlungsmaßnahmen

##### aa) Rauschgiftkriminalität

Geradezu einen Standardfall des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren stellt der des OLG München zur Bekämpfung von Rauschgiftkriminalität<sup>358</sup> dar. Fraglich war die Strafbarkeit privater Kontaktpersonen der Strafverfolgungsbehörden nach § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB, weil sie zum Zweck der Aufdeckung eines mutmaßlichen Rauschgifthandels unter Vorspiegelung einer entsprechenden Kaufabsicht in eine fremde Wohnung eindringen. Möglicherweise sind die Taten nach § 34 StGB gerechtfertigt. Hierzu müssten sie insbesondere mit dem Vorrang staatlicher Verfahren vereinbar sein. Blickt man auf den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren, kommt als möglicherweise vorrangiges Verfahren das Ermittlungsverfahren nach

---

Entwicklung auch *Schroeder*, JuS 1980, 336 (339); siehe auch *Koch*, JA 2006, 806 (808 f.); vgl. auch für die notwehrähnliche Lage *Jakobs*, AT, 12/27.

<sup>356</sup> Ähnlich im Ergebnis *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 314 f.; vgl. auch *Böse/Tomiak*, ZIS 2021, 123 (135); *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, S. 371 (384); *Wilenmann*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, S. 429.

<sup>357</sup> Kritisch gegen die Auslegungspraxis der Gegenwärtigkeit *Dencker*, FS Frisch, S. 477 ff.; vgl. auch *Ludwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, S. 169 ff.

<sup>358</sup> OLG München, NJW 1972, 2275; dargestellt oben B.II.3.c), S. 33 ff.

StPO – konkret: die Wohnungsdurchsuchung nach § 102 StPO – in Betracht.<sup>359</sup> Dieses Verfahren entfaltet Vorrang gegenüber § 34 StGB, wenn seine Regeln dem Schutz der Grundrechte des Eingriffsopfers dienen und keine Gefahr im Verzug vorliegt.

Für eine Wohnungsdurchsuchung durch Strafverfolgungsbehörden verlangt § 105 Abs. 1 StPO wegen Art. 13 Abs. 2 GG grundsätzlich eine vorherige richterliche Durchsuchungsanordnung. Dieses Verfahrenserfordernis dient dem prozeduralen Schutz des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG.<sup>360</sup> Freilich wäre hoheitliches Vorgehen auf Grundlage des § 102 StPO im konkreten Fall (noch) gar nicht zulässig gewesen, weil (noch) kein Anfangsverdacht bestand. Die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen herbeizuführen, war gerade Zweck der verdeckten Aktion der privaten Kontaktpersonen. Dass dieser Umstand jedoch für den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei § 34 StGB irrelevant ist, der rechtfertigende Notstand also auch aus grundrechtlicher Sicht nicht zur Erweiterung der strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse führt,<sup>361</sup> wurde bereits erwähnt. Der Rauschgiftkriminalitäts-Fall illustriert insoweit den Grundgedanken der Übertragung des prozeduralen Grundrechtsschutzes auf § 34 StGB: Ohne die mittelbare Drittwirkung grundrechtsschützender Verfahrensvorkehrungen beim rechtfertigenden Notstand könnte sich der Staat durch das Einschalten Privater seiner Grundrechtsbindung entziehen.<sup>362</sup> Der Staat kann nicht als Gesetzgeber zum Erlass und als Strafverfolgungsbehörde zur Anwendung grundrechtsschützender Verfahrensnormen wie § 105 StPO verpflichtet sein und zugleich das verfahrensfreie Vorgehen Privater nach § 34 StGB rechtfertigen.<sup>363</sup> Deshalb liegt ein gegenüber § 34 StGB grundsätzlich vorrangiges grundrechtsschützendes Verfahren vor.

Hiervon könnte jedoch wegen besonderer Eilbedürftigkeit eine Ausnahme gelten. Gefahr im Verzug liegt im Zusammenhang mit Durchsuchungen vor, wenn die Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.<sup>364</sup>

---

<sup>359</sup> Für gefahrenabwehrrechtliche Verfahren (z. B. § 36 PolG BW) gelten die Überlegungen entsprechend.

<sup>360</sup> Siehe nur Dreier/Wismeyer, Art. 13 Rn. 58.

<sup>361</sup> So auch Amelung, NJW 1977, 833 (836); ders./Schall, JuS 1975, 565 (569 ff.); Otto, NJW 1973, 667 (668).

<sup>362</sup> Der teils vertretene Verweis auf eine vorrangige gesetzgeberische Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse und Beschuldigtenrechten in § 102 StPO (MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 257; Jakobs, AT, 13/40; Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (78 f.); Otto, NJW 1973, 667 (668); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 226 f.; Roxin, JuS 1976, 505 (509); ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 51) zielt auf den Grundgedanken der Je-desto-Formel ab. Sieht man in § 102 StPO eine vorrangige Entscheidung, scheidet die Rechtfertigung bereits daran, dass die Notstandshandlung nicht mit dieser Entscheidung übereinstimmt (ähnlich Amelung, NJW 1977, 833 (836)). Allerdings liegt der Schwerpunkt des Problems vorliegend nicht in einer Missachtung gesetzgeberischer Entscheidungen, sondern in der Geringschätzung der Beschuldigtenrechte. Liegen die Voraussetzungen des § 102 StPO vor, dürfte nach der beschriebenen Ansicht nämlich auch durch Private eingegriffen werden.

<sup>363</sup> Einen Vorrang wegen grundrechtlicher Erwägungen (Richtervorbehalt) vertreten auch Amelung/Schall, JuS 1975, 565 (569 ff.); Grebing, GA 1979, 81 (101).

<sup>364</sup> BVerfGE 103, 142 (154).

Das OLG München bejahte dies,<sup>365</sup> bezog sich damit jedoch nicht auf das Eindringen in die Wohnung, sondern auf die Benachrichtigung der Strafverfolgungsbehörden durch die Kontaktpersonen, nachdem sich diese bereits Zutritt zur Wohnung verschafft hatten. Hinsichtlich der Durchsuchung ist dagegen keine besondere Eilbedürftigkeit gegeben. Anhaltspunkte dafür, dass der Durchsuchungserfolg bei vorheriger Einholung einer richterlichen Anordnung gefährdet gewesen wäre, bestehen nicht.<sup>366</sup> Außerdem darf die Gefahr im Verzug nicht allein dadurch herbeigeführt werden, dass die Behörden ihr Tätigwerden entsprechend lange hinauszögern.<sup>367</sup> Daher greift die Ausnahme wegen Gefahr im Verzug nicht.

Damit entfaltet das staatliche Ermittlungsverfahren Vorrang gegenüber einem privaten Vorgehen nach § 34 StGB und schließt jede Notstandsrechtfertigung aus. Auf diesem Wege wird nicht nur der prozedurale Grundrechtsschutz durch den präventiven Richtervorbehalt erhalten, sondern auch die Möglichkeit des Betroffenen gewahrt, sich gegen die Durchsuchung bzw. ihre richterliche Anordnung gerichtlich zur Wehr zu setzen.<sup>368</sup> Die Täter handelten also rechtswidrig.<sup>369</sup>

## bb) Tierschützer I

### (1) Hinführung

Wie die Je-desto-Formel durch den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren ergänzt wird, veranschaulicht der erste Tierschützer-Fall.<sup>370</sup> Zwei Tierschutzaktivisten wurden wegen Hausfriedensbruchs angeklagt, weil sie, um Verstöße gegen das TierSchG zu dokumentieren, in landwirtschaftliche Anlagen eingedrungen waren. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die Bedingungen der Tierhaltung im konkreten Fall *nicht* den Vorgaben des TierSchG und der TierSchNutztV entsprachen und dies den staatlichen Stellen bekannt war.<sup>371</sup>

Fraglich ist die Notstandsrechtfertigung des Hausfriedensbruchs. Die Haltungsbedingungen der Tiere im konkreten Fall begründen eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut der Allgemeinheit, nämlich den Tierschutz im Sinne des Lebens und Wohlbefindens der Tiere.<sup>372</sup> Diese Gefahr war aufgrund der Untä-

<sup>365</sup> OLG München, NJW 1972, 2275 (2276).

<sup>366</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (571 f.).

<sup>367</sup> BVerfGE 103, 142 (155).

<sup>368</sup> *Amelung/Schall*, JuS 1075, 565 (569); dazu allgemein Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, § 105 Rn. 15.

<sup>369</sup> Übereinstimmend im Ergebnis *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (568 ff.); *Amelung*, NJW 1977, 833 (836); MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 257; *Geilen*, JZ 1975, 380 (382); *Grebing*, GA 1979, 81 (99 ff.); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (89); *Lackner/Kühl/Heger*, § 123 Rn. 6; *Jakobs*, AT, 13/40; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 364; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (78 f.); *NK/Neumann*, § 34 Rn. 119; *Otto*, NJW 1973, 667 (668); *Roxin*, JuS 1976, 505 (509 mit Fn. 38); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 51.

<sup>370</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris; dargestellt oben B.II.3.a)aa), S. 25 ff.; zum Tierschützer-Fall II schon oben E.III.3.a)cc), S. 407.

<sup>371</sup> So auch OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 7–16.

<sup>372</sup> Ebenso OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 20; MüKoStGB/*Erb*, § 34

tigkeit der Behörden auch nicht anders abwendbar.<sup>373</sup> Damit ist die Rechtfertigungsfrage aber noch nicht geklärt. Das wesentliche Überwiegen des Tierschutzes gegenüber den Interessen der Anlagenbetreiberin unterstellt, ist vielmehr fraglich, ob die Notstandshandlung angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB und mit dem Vorrang staatlicher Verfahren vereinbar ist.

## (2) Je-desto-Formel

Als vorrangiges staatliches Verfahren kommt das verwaltungsbehördliche Verfahren zum Erlass einer Anordnung nach § 16a Abs. 1 TierSchG, z. B. eines Tierhaltungsverbots aufgrund eines Verstoßes gegen die TierSchNutzV (§ 16a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 i. V. m. § 2a TierSchG), in Betracht. Dessen Vorrang innerhalb des § 34 StGB hängt vom Grad der Offenheit seines Ausgangs ab. Eine solche Offenheit könnte zunächst aus einer tatbestandlichen Unbestimmtheit des § 16a TierSchG resultieren. § 16a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TierSchG setzt „erhebliche oder länger anhaltende Schmerzen oder Leiden oder erhebliche Schäden“ der Tiere voraus. Dabei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Deren Konkretisierung obliegt dem nach § 15 Abs. 2 TierSchG von der Behörde hinzuzuziehenden Tierarzt.<sup>374</sup> Dasselbe Merkmal verwendet aber auch die Strafnorm des § 17 Nr. 2b TierSchG, ohne dadurch in Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG zu geraten.<sup>375</sup> Das spricht dafür, trotz des Beurteilungsspielraums des Tierarztes keine (hinreichende) tatbestandliche Unbestimmtheit anzunehmen.

Auf Rechtsfolgenseite des § 16a Abs. 1 TierSchG entspricht es der h. M., dass die Behörde zwar kein Entschließungs-, aber ein Auswahlmessen bzgl. der konkret zu ergreifenden Maßnahme hat.<sup>376</sup> D. h. die Behörde ist bei Verstößen gegen das TierSchG verpflichtet, in irgendeiner Art und Weise tätig zu werden, aber eine Verpflichtung zum Erlass einer bestimmten Maßnahme besteht nicht. Um diese Entscheidungsbefugnis zu wahren, läge ein Vorrang des Verfahrens innerhalb des § 34 StGB nahe.<sup>377</sup> Allerdings könnte im konkreten Fall das Auswahlmessen auf Null reduziert sein.<sup>378</sup> Eine solche Ermessensreduzierung wird v. a. bei gravierenden Verstößen im Sinne der § 16a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und 3 TierSchG angenommen.<sup>379</sup> Die Anla-

Rn. 72; *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (211 f.); *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (359 f.); vgl. auch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 50; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 31a. Zum Schutzgut des TierSchG siehe *Hirt/Maisack/Moritz/Felde/Hirt*, § 1 TierSchG Rn. 3; anders zu § 34 StGB *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (193 f.); *Scheuerl/Glock*, NStZ 2018, 448 (449).

<sup>373</sup> Insoweit übereinstimmend OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 22–24.

<sup>374</sup> Zur vorrangigen Beurteilungskompetenz des Tierarztes vgl. nur VG Schleswig, Beschl. v. 16.10.2020 – 1 B 110/20 –, juris Rn. 14.

<sup>375</sup> BGH, Urt. v. 18.02.1987 – 2 StR 159/86 –, juris Rn. 10.

<sup>376</sup> Siehe VG Berlin, Beschl. v. 19.02.2013 – 24 L 25.13 –, juris Rn. 18; VG Saarlouis, Urt. v. 24.02.2010 – 5 K 531/09 –, juris Rn. 59.

<sup>377</sup> Vgl. auch *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (198 f.); *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (364).

<sup>378</sup> Siehe auch *Dietlein*, GS Tröndle, S. 187 (199).

<sup>379</sup> *Lorz/Metzger*, § 16a TierSchG Rn. 9.

genbetreiberin verstieß insbesondere wegen zu kleiner Kastenstände für Schweine gegen § 24 Abs. 2 TierSchG und verursachte damit länger andauernde und erhebliche Schmerzen oder Leiden der Tiere.<sup>380</sup> Unterstellt, dass auch künftige Verstöße zu befürchten sind,<sup>381</sup> ist eine Ermessensreduzierung daher naheliegend. Dies führt zu einer Einordnung des Verwaltungsverfahrens als Verfahren zur Durchsetzung der gesetzlichen Entscheidungen, das keinen Vorrang in § 34 StGB entfaltet. Auf die Rechtswidrigkeit der Untätigkeit der Behörden<sup>382</sup> kommt es dann nicht an. Die Taten sind vielmehr aus Sicht der Je-desto-Formel mit dem Vorrang staatlicher Verfahren vereinbar, weil die sie mit der staatlichen Entscheidung aus dem TierSchG und der TierSchNutztV übereinstimmen.

Lehnt man dagegen entweder eine Ermessensreduzierung ab oder nimmt eine hinreichende Unbestimmtheit der Tatbestandsmerkmale des § 16a TierSchG an, kommt der Behörde bzw. dem Tierarzt ein Entscheidungsspielraum zu, der einen Vorrang des Verwaltungsverfahrens innerhalb des § 34 StGB begründet. Dann sind die Auswirkungen dieses Vorrangs fraglich, auf die hier hilfsweise eingegangen werden soll. Das vorrangige Verfahren wurde im Beispielfall noch nicht durchlaufen, weshalb die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts Anwendung finden. Allgemein müsste daher das Verfahren zunächst eingeleitet werden. Es wären jedoch, sofern die Untätigkeit nicht rechtmäßig ist, vorläufige Maßnahmen zum Erhalt des Entscheidungsspielraums erlaubt. Die Dokumentation der Verstöße durch die Tierschützer ließe sich nun zwar womöglich noch als eine solche vorläufige Maßnahme ansehen (immerhin schufen die Tierschützer keine vollendeten Tatsachen, sondern wirkten auf eine Ausübung der Entscheidungsbefugnis der Behörden hin<sup>383</sup>). Auch wenn die Behörde mangels Entschließungsermessens verpflichtet gewesen wäre, gegen die Verstöße vorzugehen, d. h. ein Fall rechtswidriger Untätigkeit vorliegt, fehlt es den Tierschützern aber außerhalb des § 34 StGB an einer rechtlichen Handhabe gegen diese Untätigkeit. Die tierschutzrechtlichen Normen verleihen keine subjektiven Rechte.<sup>384</sup> Mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) hätten die Tierschützer gegen die rechtswidrige Untätigkeit also nicht gerichtlich vorgehen können.<sup>385</sup> Daran ändert auch das in manchen Bundesländern vorgesehene Verbandsklagerecht für Tierschutzvereine<sup>386</sup> nichts. § 3 Abs. 1 Nr. 3 TierSchMVG BW<sup>387</sup> sieht für einen nach § 5

<sup>380</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 16.

<sup>381</sup> Zur negativen Prognose Hirt/Maisack/Moritz/Felde/Hirt, § 16a TierSchG Rn. 48.

<sup>382</sup> Betont bei Hecker, JuS 2018, 83 (84); A. Keller/Zetsche, StV 2018, 337 (339); Renzikowski, GS Tröndle, S. 355 (364); Stam, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung (Hrsg.), S. 171 (184).

<sup>383</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 184 f.; Renzikowski, GS Tröndle, S. 355 (364).

<sup>384</sup> VGH Mannheim NJW 1997, 1798; VG Saarlouis, Urt. v. 24.02.2010 – 5 K 531/09 –, juris Rn. 59.

<sup>385</sup> Darauf weisen auch hin Bock, ZStW 131 (2019), 555 (571); Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (199).

<sup>386</sup> Hinweis auf politische Überlegungen für eine bundesweite Verbandsklage für Tierschutzvereine bei Bock, ZStW 131 (2019), 555 (575); vgl. auch ebd., S. 572 mit Fn. 94.

<sup>387</sup> Für Baden-Württemberg: Gesetz über die Mitwirkungsrechte und das Verbandsklagerecht

TierSchMVG anerkannten Tierschutzverein zwar die Möglichkeit vor, gerichtlich gegen Anordnungen oder Unterlassungen von Anordnungen nach § 16a TierSchG vorzugehen, und die Täter im Beispielsfall waren Mitglieder eines eingetragenen Tierschutzvereins.<sup>388</sup> Doch dürften – abgesehen vom zweifelhaften Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des TierSchMVG – die Taten dieser Organisation nicht zurechenbar sein. Es ist der Verband selbst und nicht der eigenmächtig handelnde Vorsitzende, der sich gerichtlich gegen die Untätigkeit zur Wehr setzen könnte. Es bleibt also dabei, dass die Tierschützer die Behörden nicht zum Tätigwerden verpflichten könnten. Daraus folgt, dass auch vorläufige Maßnahmen nicht zulässig sind, sondern jedes private Vorgehen nach § 34 StGB ausgeschlossen ist.

### (3) Vorrang grundrechtsschützender Verfahren

Verneint man einen Vorrang des Verwaltungsverfahrens aus Sicht der Je-desto-Formel mit den genannten Gründen, führt dies allein noch nicht zur Rechtfertigung der Taten.<sup>389</sup> Vielmehr könnte sich ein Vorrang auch aus der grundrechtsschützenden Wirkung des Verfahrens ergeben. Zu denken ist z. B. daran, dass die zuständige Behörde die Anlagenbetreiberin bzw. einen Vertreter (es handelte sich um eine KG) vor Erlass der Anordnung anhören muss, § 28 (L)VwVfG.<sup>390</sup> Zur möglicherweise erforderlichen<sup>391</sup> Durchsuchung der Anlage ist zudem eine richterliche Anordnung notwendig (§ 36 Abs. 5 PolG BW bzw. § 105 Abs. 1 StPO). Diese Regeln dienen dem Grundrechtsschutz durch Verfahren (Art. 19 Abs. 3 GG) und begründen einen Vorrang des Verfahrens gegenüber § 34 StGB.

Eine Ausnahme wegen Gefahr im Verzug liegt dabei nicht vor.<sup>392</sup> Im Zusammenhang mit repressivem Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden zur Sicherung von Beweismitteln folgt dies daraus, dass das Merkmal der Gefahr im Verzug eng auszulegen ist und nur dann angenommen werden kann, wenn ein endgültiger Verlust der Beweismittel droht,<sup>393</sup> was hier nicht der Fall war. In präventiver Hinsicht könnte zwar argumentiert werden, dass sich im Fall fortlaufender Verstöße gegen das TierSchG die Gefahr entweder in jeder Sekunde vergrößert oder in jeder Sekunde in einen Schaden für die Tiere umschlägt und daher *immer* Gefahr im Verzug anzuneh-

---

für anerkannte Tierschutzorganisationen vom 12.05.2015, LGBl (2015), S. 317. In Sachsen-Anhalt fehlt es an einem solchen Verbandsklagerecht für Tierschutzorganisationen.

<sup>388</sup> LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris Rn. 8.

<sup>389</sup> Für eine Rechtfertigung jedoch *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (211); *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 184f.; *Fischer*, § 123 Rn. 36a; *Felde/Ort*, ZIS 2018, 468ff.; *Hecker*, JuS 2018, 83ff.; *Hotz*, NJW 2018, 2066; *A. Keller/Zetsche*, StV 2018, 337ff.; im Ergebnis auch *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (364ff.); *Stam*, in: ders./Werkmeister (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, S. 171 (185f.).

<sup>390</sup> *Hirt/Maisack/Moritz/Felde/Hirt*, § 16a TierSchG Rn. 8.

<sup>391</sup> Sofern ein Betreten und Besichtigen nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 und 2 TierSchG nicht ausreicht.

<sup>392</sup> Anders *Renzikowski*, GS Tröndle, S. 355 (363).

<sup>393</sup> BVerfGE 103, 142 (154f.).

men ist.<sup>394</sup> Dadurch liefen jedoch die grundrechtlichen Verfahrenssicherungen für jeden Dauerzustand leer; das Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme würde umgekehrt.<sup>395</sup>

Infolge seiner grundrechtsschützenden Wirkung ist das Verwaltungsverfahren daher gegenüber der privaten Durchsetzung der tierschutzrechtlichen Entscheidungen mithilfe des § 34 StGB vorrangig. Die Tierschützer handelten rechtswidrig.<sup>396</sup> Im hier entwickelten Ansatz dient dies nicht einem staatlichen oder kollektiven Interesse an der Aufrechterhaltung einer ohnehin nur schwer greifbaren staatlichen Ordnung, die durch rechtswidrig untätig bleibende Behörden mindestens ebenso sehr beeinträchtigt wird wie durch das Handeln der Tierschützer,<sup>397</sup> sondern unmittelbar den Grundrechten des Eingriffsoffers. Gegenüber der Je-desto-Formel, die nach konkreten *Entscheidungsspielräumen* im Einzelfall sucht und sich an Fehlerfolgen und notstandsexternen Verteidigungsmöglichkeiten orientiert, und dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren mit Ausnahmen bei Gefahr im Verzug erweisen sich Argumente wie das staatliche Gewaltmonopol, die bürgerliche Friedenspflicht, fundamentale Ordnungsprinzipien usw.<sup>398</sup> als zu undifferenziert und für die praktische Rechtsanwendung ungeeignet.

### cc) Beweisprobleme im gerichtlichen Verfahren

Problematisch sind auch Fälle, in denen Handlungen zum Zweck der Behebung eines Mangels an Beweisen für die eigene Rechtsposition oder zur Verteidigung gegen die Vorlage falscher Beweise im Zusammenhang mit gerichtlichen Verfahren einen Straftatbestand erfüllen.<sup>399</sup> Anders als in den vorstehenden Fällen läuft hier meist bereits ein staatliches Verfahren: der Gerichtsprozess.

#### (1) Verschaffung von Beweismitteln

Zunächst zur Verbesserung der eigenen Beweislage durch tatbestandsmäßige Verschaffung von Beweismitteln: Mit der Je-desto-Formel lässt sich hier ein Vorrang des demokratischen Verfahrens begründen. Es ist nämlich Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, welche Maßnahmen zur Beweiserhebung zulässig sind und welche

<sup>394</sup> Ähnliches Argument bei OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 –, juris Rn. 21.

<sup>395</sup> Dazu allgemein auch BVerfGE 103, 142 (154).

<sup>396</sup> So auch Bock, ZStW 131 (2019), 555 ff.; Dietlein, GS Tröndle, S. 187 ff.; Scheuerl/Glock, NSTZ 2018, 448 ff.; wohl auch Lenk, ZStW 132 (2020), 56 (74 ff.).

<sup>397</sup> Vgl. auch Bock, ZStW 131 (2019), 555 (575); Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (217 f.); Felde/Ort, ZIS 2018, 468 (476); Hecker, JuS 2018, 83 (84); allgemein auch Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, S. 48.

<sup>398</sup> Siehe nur die Argumente bei Bock, ZStW 131 (2019), 555 (575); Dietlein, GS Tröndle, S. 187 (194 ff.); Scheuerl/Glock, NSTZ 2018, 448 (450 f.); kritisch Dehne-Niemann/Greisner, GA 2019, 205 (213).

<sup>399</sup> Dargestellt oben B.III.4.b)cc(2), S. 83 ff.

nicht.<sup>400</sup> Was *Pawlik* damit begründet, dass sich der Konflikt zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit einer richtigen Auflösung entzieht und daher ein gesetzgeberischer Spielraum besteht,<sup>401</sup> lässt sich auch mit einer verfassungsrechtlich nicht vollumfänglich vorgegebenen Abwägung zwischen möglichst vollständiger Sachverhaltsermittlung und Verfahrensökonomie oder den Interessen der Betroffenen herleiten. Handlungen, die sich außerhalb der prozessrechtlich vorgesehenen Maßnahmen bewegen, können schon aus Sicht der Je-desto-Formel nicht gerechtfertigt werden, weil sie mit dem Vorrang gesetzgeberischer Entscheidungen nicht vereinbar sind.<sup>402</sup>

Allein damit ist jedoch eine Notstandsrechtfertigung noch nicht vollkommen ausgeschlossen.<sup>403</sup> Steht die tatbestandsmäßige Handlung mit einer entsprechenden Entscheidung des Prozessrechts in Einklang, wäre sie aus Sicht der Je-desto-Formel gerechtfertigt (Entscheidungsvorrang). Ein Beispiel: Die Parteien eines Zivilprozesses streiten sich um das Bestehen eines Kaufvertrags. Die einzige schriftliche Fixierung desselben befindet sich im Besitz des Beklagten. Dieser ist infolge eines Anspruchs des Klägers aus § 810 BGB nach § 422 ZPO zur Vorlage der Urkunde verpflichtet. Kommt er der Anordnung des Gerichts nach § 425 ZPO nicht nach und stiehlt deshalb der Kläger die Urkunde vom Beklagten (§ 242 StGB), wäre die Tat zwar wegen § 427 ZPO nicht erforderlich, doch stünde sie zumindest mit den Grundsätzen der Je-desto-Formel in Einklang und wäre daher angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB. Deshalb ist auch hier der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren relevant. Sowohl das gerichtliche Verfahren insgesamt als auch und v. a. die einzelnen Verfahrensregeln zur Beweiserhebung bezwecken den Schutz der durch die jeweiligen Maßnahmen betroffenen Grundrechte. Das zeigte sich besonders im Zusammenhang mit dem strafprozessualen Ermittlungsverfahren im Rauschgiftkriminalitäts-Fall (siehe oben aa)). Aus diesem Grund sind die fraglichen Verfahren gegenüber privatem Vorgehen nach § 34 StGB vorrangig. D. h. selbst wenn eine private Ermittlungsmaßnahme mit einer gesetzgeberischen Entscheidung übereinstimmt (was abgesehen von einem Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel selten der Fall sein wird), gilt ein Vorrang des staatlichen Verfahrens zur Erhebung des fraglichen Beweises, weil dieses Verfahren dem Schutz der Grundrechte des Betroffenen dient.<sup>404</sup> Ausnahmen hiervon bestehen bei Gefahr im Verzug, d. h. dann, wenn das Beweiserhebungsverfahren

---

<sup>400</sup> Ähnlich MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 258; *Geilen*, JZ 1975, 380 (384); *Grebing*, GA 1979, 81 (98); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91 f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 232 ff.; *Roxin*, JuS 1976, 505 (509 f.).

<sup>401</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 232.

<sup>402</sup> Ähnlich der Sache nach *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 79–81.

<sup>403</sup> Gegen jede Rechtfertigung jedoch *Erb*, JuS 2010, 108 (112); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (91 f.); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 178; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 324 f. und 342 f.

<sup>404</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96 –, BVerfGE 106, 28–51, juris Rn. 24; weiterführend zu den Fällen der „Präventivaufnahme“ MüKoStGB/Graf, § 201 Rn. 52–54; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 68.

der Durchsetzung einer bestehenden Entscheidung, insbesondere eines Anspruchs auf ein bestimmtes Beweismittel, dient, dies aber bei Einhaltung der Verfahrensregeln unmöglich wäre.<sup>405</sup> Bei einem Brand im Haus des Beklagten dürfte der Kläger z. B. Maßnahmen zur Rettung der Vertragsurkunde unternehmen und wäre nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>406</sup> Das entspricht dem Gedanken des § 229 BGB.<sup>407</sup>

## (2) Verteidigung gegen falsche Beweismittel

Setzt sich der Täter außerhalb der prozessrechtlich vorgesehenen Wege gegen falsche Beweismittel zur Wehr, ist dies bereits aufgrund der Je-desto-Formel nicht gerechtfertigt.<sup>408</sup> Die teils vertretene Differenzierung zwischen Notstandshandlungen innerhalb und außerhalb des gerichtlichen Verfahrens ist hier fehl am Platz.<sup>409</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung über den Kreis der gegen (vermeintlich) falsche Beweismittel zulässigen Verteidigungsmaßnahmen gilt unabhängig davon, ob eine Handlung innerhalb oder außerhalb des Verfahrens vorgenommen wird, weil hier nicht das gerichtliche Verfahren vor einer Desavouierung bewahrt,<sup>410</sup> sondern die Entscheidung des Gesetzgebers geschützt werden soll.<sup>411</sup> Was innerhalb des Verfahrens nicht erlaubt ist, ist also auch außerhalb des Verfahrens untersagt. Der Betroffene ist auf die prozessrechtlich vorgesehenen Verteidigungsmittel, beispielsweise einen Antrag auf Vereidigung eines möglicherweise falsch aussagenden Zeugen (§§ 66 ff. StPO), beschränkt. Auf den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren kommt es insoweit nicht an.

### b) Gefahr im Verzug?

Die folgenden Beispiele zeigen die Konturen des Kriteriums der Gefahr im Verzug als Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren.

#### aa) Staatsnotstandshilfe

Zunächst lassen sich mithilfe der hier entwickelten Kriterien Fälle der Staatsnotstandshilfe lösen.<sup>412</sup> Das vom Reichsgericht gebildete Beispiel<sup>413</sup> des mit Staatsgeheimnissen im Gepäck über die Staatsgrenze fliehenden Spions bedarf, um für § 34 StGB in Betracht zu kommen, zunächst einer Einschränkung: Jedenfalls die *Tötung* des Spions kann nicht wegen Notstands gerechtfertigt werden.<sup>414</sup> Denkbar ist aber

<sup>405</sup> Ähnlich *Kühl*, AT, § 8 Rn. 68.

<sup>406</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 259; *Jakobs*, AT, 13/41.

<sup>407</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 259; *Geilen*, JZ 1975, 380 (384); *Jakobs*, AT, 13/41.

<sup>408</sup> *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 233 f.

<sup>409</sup> So aber insbesondere MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 258 ff.; *Jakobs*, AT, 13/39 ff.

<sup>410</sup> So aber MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 261.

<sup>411</sup> Gegen die Differenzierung auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 233 f.

<sup>412</sup> Dargestellt oben B.III.4.b)bb), S. 80 ff.

<sup>413</sup> RGSt 63, 215 (220).

<sup>414</sup> Zum Streit, ob im Defensivnotstand die Tötung des Eingriffsopfers erlaubt ist, siehe nur *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 30 m. w. N.

z. B., dass ein zufällig anwesender Bürger den Spion durch einen Schuss ins Knie am Passieren der Grenze hindert. Diese Körperverletzung könnte nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, weil sie staatliche Geheimhaltungsinteressen schützen sollte. Eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut liegt vor.<sup>415</sup> Es besteht keine Notwendigkeit, den Kreis notstandsfähiger Rechtsgüter zum Schutz staatlicher Kompetenzen einzuschränken, weil sich dieses Ziel auch auf anderem Weg und ohne schwierige Differenzierungen innerhalb des Rechtsgutsbegriffs erreichen lässt.<sup>416</sup>

Das eigentliche Problem der Staatsnotstandshilfe liegt in der Angemessenheit der Notstandshandlung im Sinne des § 34 S. 2 StGB. Zur Abwehr der Gefahr für die staatlichen Geheimhaltungsinteressen könnte z. B. ein Vorgehen durch die Bundespolizei vorrangig sein.<sup>417</sup> Die Regeln des gefahrenabwehrrechtlichen Verfahrens zur Zwangsanwendung, insbesondere zum Schusswaffengebrauch, bezwecken prozeduralen Grundrechtsschutz.<sup>418</sup> Dies gilt auch für den Spion, denn auch durch rechtswidriges Handeln geht der Einzelne nicht seiner Grundrechte verlustig.<sup>419</sup> Daher ist die bundespolizeiliche Gefahrenabwehr gegenüber § 34 StGB grundsätzlich vorrangig. Allerdings liegt Gefahr im Verzug vor: Schickt sich der Spion im konkreten Tatzeitpunkt zum Übertreten der Grenze an, so käme jedes staatliche Eingreifen zu spät. Es liegt eine akute Gefahrensituation vor, die eine Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren begründet. Damit ist der Weg zu privaten Handlungen zum Schutz des staatlichen Geheimnisinteresses nach § 34 StGB offen.<sup>420</sup>

Bedenken gegen dieses Ergebnis werden von den hier entwickelten Kriterien aufgefangen. So gibt z. B. *Jahn* zu Bedenken, dass staatliche Organe den fliehenden Spion bewusst die Grenze passieren lassen könnten, um später gegen die ganze Organisationsstruktur vorgehen zu können.<sup>421</sup> Das verweist innerhalb des hier entwickelten Ansatzes auf die *Je-desto-Formel* und deren Verknüpfung mit dem Vorrang grund-

---

<sup>415</sup> So auch *Kühl*, AT, § 8 Rn. 26; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 181 mit Fn. 5; *Schönke/Schröder/Perron*, § 34 Rn. 11; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 458; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 54; a. A. *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 18; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 22.

<sup>416</sup> Allgemein oben C.IV.2.a)aa), S. 161 ff.

<sup>417</sup> Legt man Wert auf den Schutz des staatlichen Strafverfolgungsinteresses, wäre an das Verfahren nach StPO zu denken. Dann läge der Fall gleich wie der zur Rauschgiftkriminalität (oben E.IV.3.a)aaa) und eine Rechtfertigung nach § 34 StGB wäre ausgeschlossen (vgl. auch *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 490–495). Präventives Vorgehen ist jedoch naheliegender, weil Ziel der Maßnahme nicht die Bestrafung des Spions, sondern die Vermeidung des Geheimnisverrats ist.

<sup>418</sup> Im polizeirechtlichen Schrifttum werden die Anforderungen an den Schusswaffengebrauch als Verwirklichung des Verhältnismäßigkeitsprinzips angesehen (vgl. *Schoch/Kießling*, in: *Schoch/Eifert* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 932). Die Verfahrensregeln mildern also einen ansonsten unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff ab (allgemein *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 392 f.).

<sup>419</sup> Ein Friedlichkeitsvorbehalt für Grundrechte ist abzulehnen, siehe oben D. Fn. 390.

<sup>420</sup> Im Ergebnis auch *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 183; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 341; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 54.

<sup>421</sup> *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 495.

rechtsschützender Verfahren. Wie gesehen gilt innerhalb der Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei Gefahr im Verzug die Je-desto-Formel (oben 2.b)bb)). In der Tat ging die Falllösung bislang davon aus, dass staatliche Organe im Fall des Reichsgerichts *verpflichtet* gewesen wären, den Spion aufzuhalten. Dann verfährt auch das Argument *Jahns* nicht, denn es bestünde gar keine behördliche Entscheidungsbefugnis, die der Notstandstäter respektieren müsste. Käme den Behörden aber ein Entscheidungsspielraum zu, hätte das Verfahren nach der Je-desto-Formel innerhalb des § 34 StGB Vorrang. Eine etwaige behördliche Entscheidung, *nicht* einzuschreiten, wäre folglich zu respektieren und die Notstandshandlung trotz Gefahr im Verzug nicht gerechtfertigt.<sup>422</sup>

Das vorstehend Gesagte beinhaltet eine wichtige Neuausrichtung im alten Streit um die Staatsnotstandshilfe. Keine subtilen staatsphilosophischen Überlegungen, sondern Entscheidungsspielräume der Bundespolizei und die Grundrechte des Spions sind maßgeblich. Während herkömmliche Lösungen v. a. den Staat vor dem Spion schützen, kehrt der hier vertretene Ansatz die Schutzrichtung um und schützt *auch* den Spion vor einem übermächtigen Staat. Weder der Spion noch der Notstandstäter bewegen sich außerhalb der Rechtsordnung. Letzterer handelt nicht, um den Staat als vorrechtliche Entität zu verteidigen und wird deshalb auch nicht von seiner Bindung an das Recht befreit; der Spion verliert durch seine Tat nicht seine Grundrechte; und auch der Staat entledigt sich nicht seiner Rechtsbindung zum Zwecke seiner Existenzerhaltung. In dieser Profanisierung der Staatsnotstandshilfe<sup>423</sup> verbinden sich die hier vertretenen Auffassungen zum rechtfertigenden Notstand und zum Verhältnis zwischen Staat und Recht.<sup>424</sup> Fälle der Staatsnotstandshilfe stellen daher keine Besonderheit mehr dar, sondern es gelten die allgemeinen Regeln des § 34 StGB. Daraus folgt aber nicht, dass die Staatsnotstandshilfe im engeren Sinne,<sup>425</sup> bei der die Existenz des Staates als Institution auf dem Spiel steht, nicht von § 34 StGB erfasst wäre.<sup>426</sup> Vielmehr ist diese Kategorie insgesamt abzulehnen. Es gibt nur Fälle der Staatsnotstandshilfe im weiteren Sinne, und sie alle unterliegen denselben Regeln.<sup>427</sup> Ein Fall, in dem der Bestand des Staates insgesamt angegriffen wird – wie auch immer das aussehen mag<sup>428</sup> –, ist also unter Notstandsgesichts-

<sup>422</sup> Ohne positiv vorliegende Entscheidung gelten die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts.

<sup>423</sup> Zu Tendenzen zu einer *Sakralisierung* des Staates siehe *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band IV, S. 394 m. N. und Kritik.

<sup>424</sup> Zu den staatstheoretischen Hintergründen auch *Möllers*, Staat als Argument, S. 264–267.

<sup>425</sup> Zur Einteilung oben B.III.4.b)bb), S. 80 ff.

<sup>426</sup> So aber *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 507; vgl. auch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 18; *Jakobs*, AT, 12/10; *NK/Neumann*, § 34 Rn. 22; *LK/Rönnau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 128 mit Fn. 541; *LK/Rönnau/Hohn*, § 32 Rn. 80; *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, S. 323 mit Fn. 637.

<sup>427</sup> Ebenso *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 183; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 340 f.; *Kühl*, AT, § 8 Rn. 26; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 73; *Roxin/Greco*, AT I, § 15 Rn. 41 und § 16 Rn. 13; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), S. 223 f.; wohl auch *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 458.

<sup>428</sup> *Möllers*, Staat als Argument, S. 266 mit Fn. 76.

punkten nicht anders zu behandeln als ein Fall, in dem konkrete Einzelinteressen des Staates gefährdet sind.<sup>429</sup> Letztlich ist angesichts dessen auch der Begriff der Staatsnotstandshilfe im weiteren Sinne verzichtbar.

*bb) „Spanner“-Fall*

Auch im Fall des nächtlich in das Schlafzimmer eines Ehepaars eindringenden und vom Ehemann mit Schüssen in Gesäß und Flanke vertriebenen „Spanners“<sup>430</sup> konnten staatliche Stellen keine Abhilfe leisten. Trotzdem ist bei der Frage nach einer Notstandsrechtfertigung der §§ 223 ff. StGB an einen grundrechtlich bedingten Vorrang der polizeilichen Gefahrenabwehr zu denken. Dass es sich (wie auch im Fall der Staatsnotstandshilfe oder bei den Tierschützer-Fällen) um eine Defensivnotstandskonstellation handelt, ändert daran nichts: Auch als „Störer“ verliert man nicht seine Grundrechte.<sup>431</sup> Die Differenzierung zwischen Aggressiv- und Defensivnotstand ist allenfalls bei Entscheidungsspielräumen nach der Je-desto-Formel relevant und führt z. B. dazu, dass ein Störer vor einem Nichtstörer herangezogen werden müsste. Ansonsten gelten die hier entwickelten Kriterien unabhängig davon, ob es sich um eine Situation des Aggressiv- oder Defensivnotstands handelt.<sup>432</sup>

Die polizeirechtlichen Verfahrensregeln im Vorfeld einer den „Spanner“ belastenden Gefahrenabwehrmaßnahme dienen dem prozeduralen Grundrechtsschutz.<sup>433</sup> Damit hat das polizeiliche Vorgehen grundsätzlich Vorrang gegenüber § 34 StGB. Allerdings könnte Gefahr im Verzug vorliegen. Das ist der Fall, wenn das Ziel einer Maßnahme bei Einhaltung der Verfahrensregeln nicht mehr erreicht werden kann. Auf den ersten Blick scheint dies vorliegend der Fall zu sein: Schon bei früheren „Besuchen“ war der „Spanner“ bis zum Eintreffen der Polizei entkommen.<sup>434</sup> Dass dennoch keine Gefahr im Verzug vorliegt, ergibt sich aus folgender Differenzierung: Der gegenwärtige Angriff des „Spanners“ (im Sinne der Notwehr) wurde nicht durch den Schusswaffengebrauch, sondern bereits durch die Entdeckung des Eindringlings und einen Schrei der Eheleute abgewehrt. Als der Ehemann auf den Eindringling schoss, floh dieser bereits. Die Schüsse dienten also nicht mehr der Abwehr des Angriffs, sondern sollten künftige Störungen verhindern.<sup>435</sup> Diesbezüglich besteht aber keine besondere Eilbedürftigkeit mehr. Vielmehr hätte z. B. ein am Folgetag eingeleitetes polizeiliches Verfahren zur Gefahrenabwehr beitragen können, indem Überwachungskameras installiert oder Maßnahmen zur Verbesserung der Einbruchsicher-

<sup>429</sup> Kritisch gegenüber einer solchen Erweiterung der Staatsnotstandshilfe auf Alltagssituationen *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstands, S. 492 ff.

<sup>430</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris; dargestellt oben B.II.2.a)aa), S. 10 ff.

<sup>431</sup> Vgl. auch *Hruschka*, NJW 1980, 21 (22): Die Interessen der Person sind nicht weniger wertvoll, weil die Person gefährlich ist.

<sup>432</sup> Siehe auch oben C.III.3, S. 159 f. und D.IV.2.c), S. 362 ff.

<sup>433</sup> Zum Schusswaffengebrauch schon oben E. Fn. 418.

<sup>434</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris Rn. 5.

<sup>435</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris Rn. 7; *Hassemer*, JuS 1980, 69; *Hruschka*, NJW 1980, 21; *Koch*, JA 2006, 806 (808); *Schroeder*, JuS 1980, 336; a. A. *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (110).

heit der Wohnung ergriffen worden wären. Folglich besteht keine Gefahr im Verzug, sondern es bleibt beim Vorrang des grundrechtsschützenden Verfahrens gegenüber § 34 StGB. Der Schuss auf den „Spanner“ war daher nicht gerechtfertigt.<sup>436</sup>

Das zeigt: In Konstellationen, in denen ein Schaden nicht sofort zu erwarten ist, sondern die Tat lediglich die effektive und vollständige Beseitigung der Gefahr bezweckt,<sup>437</sup> liegt in der Regel keine Gefahr im Verzug vor, sondern ein grundrechtsschützendes Verfahren hat Vorrang. *Schroeder* weist zu Recht darauf hin, dass es dem Ehemann andernfalls auch erlaubt wäre, zwei Wochen später auf den Eindringling zu schießen, wenn er ihn zufällig in einem Lokal treffen würde,<sup>438</sup> und *Dencker* zeigt, dass alles andere den Menschen selbst als Dauer Gefahr ansehen würde.<sup>439</sup> Abweichende Ansichten unterscheiden sich nicht vom Rauschgiftkriminalitäts-Fall (oben a)aa)) und der dort viel kritisierten<sup>440</sup> Ansicht des OLG München, das Vorgehen der privaten Kontaktpersonen sei aus Effektivitätsgesichtspunkten zu rechtfertigen.<sup>441</sup> Damit illustriert „Spanner“-Fall die vom Kriterium der Gefahr im Verzug verursachte Verengung des zeitlichen Rahmens des § 34 StGB im Vergleich zur allgemeinen Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefahr.

Freilich ist dieses Ergebnis aus Sicht der Eheleute vor dem Hintergrund, dass ihnen staatlicherseits keine Hilfe gewährt wurde und sie stattdessen sogar zur Selbsthilfe durch Erwerb einer Schusswaffe angehalten wurden, unbefriedigend.<sup>442</sup> V. a. diejenigen, die private Not- und Selbsthilferechte mit der Abwesenheit des Staates oder der Verletzung staatlicher Schutzpflichten begründen,<sup>443</sup> dürften nicht zufriedengestellt sein. Nimmt man an, dass der Staat vorliegend wegen grundrechtlicher Schutzpflichten verpflichtet gewesen wäre, die Gefahr durch den „Spanner“ abzuwehren, erscheint es unbillig, dem Ehemann, der vom Staat allein gelassen wurde, eine Rechtfertigung zu versagen. Allerdings ändern solche grundrechtlichen Verpflichtungen

<sup>436</sup> Ebenso *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (491 f.) mit berechtigtem Hinweis darauf, dass die damit entstehende „Verteidigungslücke“ (*Jakobs*, AT, 12/27) durch den Gesetzgeber geschlossen werden müsste; *Ludwig*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht, S. 170 und 202 ff. mit Vergleich zu polizeilichen Befugnissen; Bedenken auch bei *Koch*, JA 2006, 806 (809 f.); *Schroeder*, JuS 1980, 336 ff.; zweifelnd auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 314 f.; für die Rechtfertigung dagegen *Bottke*, JA 1980, 510 (513); MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 98; *Hassemer*, JuS 1980, 699 f.; *Hirsch*, JR 1980, 115 ff.; *Hruschka*, NJW 1980, 21 ff.; *Jakobs*, AT, 12/27; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 361 mit Fn. 34; NK/*Neumann*, § 34 Rn. 89; Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 31; *Rengier*, AT, § 19 Rn. 40; *Roxin*, FS Jescheck, S. 457 (482); *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 86; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 473; LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 37; wohl auch *Lesch*, FS Dahs, S. 81 (110).

<sup>437</sup> Vgl. *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (492); *Hruschka*, NJW 1980, 21 (22); *Koch*, JA 2006, 806 (808 f.); *Kühl*, AT, § 8 Rn. 69; Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 17; *Schroeder*, JuS 1980, 336 (339); LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 71.

<sup>438</sup> *Schroeder*, JuS 1980, 336 (340).

<sup>439</sup> *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (492).

<sup>440</sup> Vgl. *Amelung/Schall*, JuS 1975, 565 (569); *Grebing*, GA 1979, 81 (100).

<sup>441</sup> OLG München, NJW 1972, 2275 (2276).

<sup>442</sup> Darauf weist insbesondere *Schroeder*, JuS 1980, 336 (342) hin.

<sup>443</sup> Allgemein dazu oben D.II.4.c)cc(4), S. 283 ff.

des Staates gegenüber dem Inhaber des *Erhaltungsguts* nichts an den grundrechtlichen Verpflichtungen des Staates gegenüber dem Inhaber des *Eingriffsguts*. Das Recht des „Spanners“ darauf, nur Eingriffe im Rahmen grundrechtsschützender Verfahren dulden zu müssen, bleibt auch dann erhalten, wenn der Staat dieses Verfahren nicht durchführt und damit seinen Verpflichtungen gegenüber den Eheleuten nicht nachkommt. Aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte des Eingriffsofners bei § 34 StGB ist ein aus Sicht des Inhabers des Erhaltungsguts rechtswidriges *staatliches* Verhalten also kein Umstand, der zu einer Rechtfertigung nach § 34 StGB führt.<sup>444</sup>

All das bezog sich auf die Körperverletzungsdelikte zum Nachteil des „Spanners“. Mit dem Besitz der Waffe verstieß der Ehemann aber auch gegen das WaffG. Weil hier keine Grundrechte Dritter betroffen sind, greift auch kein Vorrang grundrechtsschützender Verfahren. Mit der Rechtswidrigkeit der Körperverletzung ist also noch nichts über die Rechtswidrigkeit des Verstoßes gegen das WaffG gesagt.<sup>445</sup> Maßgeblich ist allein die Je-desto-Formel; ob Gefahr im Verzug vorlag, ist irrelevant. Das Verfahren zur Erteilung einer waffenrechtlichen Erlaubnis nach § 4 WaffG ist nach der Je-desto-Formel vorrangig, wenn sein Ausgang nicht hinreichend vorprogrammiert ist. Zwar handelt es sich bei der Erlaubniserteilung um eine gebundene Entscheidung der Behörde,<sup>446</sup> doch verwendet § 4 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. §§ 5, 6 WaffG mit der Zuverlässigkeit und der persönlichen Eignung unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Ausfüllung der Behörde und nicht dem Privaten obliegt.<sup>447</sup> Der Notstandstäter kann nicht mit rechtlicher Wirkung seine eigene Zuverlässigkeit und persönliche Eignung beurteilen. Daher entfaltet das Verfahren nach WaffG Vorrang gegenüber § 34 StGB. Mangels Durchführung gilt der Verfahrensvorbehalt. Es hätte also zunächst ein Antrag auf Erteilung der waffenrechtlichen Erlaubnis gestellt werden müssen.<sup>448</sup> Als vorläufige Maßnahme lässt sich die Tat nicht mehr ansehen. Daher war auch der Verstoß gegen das WaffG nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>449</sup>

Im Ergebnis waren die Schüsse des Ehemanns auf den „Spanner“ also wegen eines vorrangigen grundrechtsschützenden Verfahrens nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, und die Angemessenheit des Waffenbesitzes scheitert am Vorrang des waffenrechtlichen Erlaubnisverfahrens. Das Ehepaar hätte, nachdem es den Eindringling in der konkreten Nacht in die Flucht geschlagen hat, polizeilichen Schutz und eine waffenrechtliche Erlaubnis beantragen müssen. Dass staatlicherseits der Schutz versagt wurde, darf sich nicht zulasten des Eingriffsofners auswirken. Eine

---

<sup>444</sup> Vgl. auch *Schroeder*, JuS 1980, 336 (339): Die Untätigkeit der Behörden im Fall der Tötung eines Haustyranen „spricht allerdings eher gegen die Behörden als für die Tötung eines Menschen!“.

<sup>445</sup> Für Differenzierungen auch *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23).

<sup>446</sup> *König/Papsthard*, § 4 WaffG Rn. 1.

<sup>447</sup> *König/Papsthard*, § 5 WaffG Rn. 1 und § 6 WaffG Rn. 1.

<sup>448</sup> *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23).

<sup>449</sup> Ebenso *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23); vgl. auch *Schroeder*, JuS 1980, 336 (340).

Entschuldigung der Taten nach § 35 StGB ist dadurch mit dem BGH jedoch nicht ausgeschlossen.<sup>450</sup>

### cc) Krieg gegen Rechtsradikale

Während der „Spanner“-Fall die zeitliche Einschränkung des § 34 StGB durch das Kriterium der Gefahr im Verzug verdeutlicht, zeigt der Fall „Krieg gegen Rechtsradikale“,<sup>451</sup> wie sich die normativen Aspekte des Merkmals auswirken. Eine Gruppe rechtsextremer Jugendlicher wollte ein Bordell der Angeklagten „plattmachen“. Ein präventiv-polizeiliches Verfahren hätte, wäre es ca. 15 Minuten vor dem Angriff eingeleitet worden, die Gefahr durch die Jugendlichen abwehren können. Die Angeklagten entschieden sich jedoch bewusst dagegen, die Polizei einzuschalten, sondern wollten gegen die Rechtsradikalen „Krieg führen“.<sup>452</sup> Fraglich ist die Rechtfertigung der privaten Verteidigungsmaßnahmen.

Weil das polizeiliche Verfahren an grundrechtsschützende Regeln gebunden ist, entfaltet es grundsätzlich Vorrang gegenüber § 34 StGB. Möglicherweise besteht aber Gefahr im Verzug, weil das polizeiliche Verfahren, wäre es in der konkreten Situation eingeleitet worden, die Gefahr nicht mehr hätte abwenden können. Allerdings dürfen die tatsächlichen Voraussetzungen der Gefahr im Verzug nicht durch bewusstes Hinauszögern eines Eingriffs herbeigeführt werden.<sup>453</sup> Infolge der mittelbaren Drittwirkung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren ist es dem Notstandstäter daher verwehrt, die Situation so lange hinaus zu zögern, bis eine Gefahrenabwehr im Wege staatlicher Verfahren unmöglich wird.<sup>454</sup> Andernfalls könnte bei § 34 StGB jedes grundrechtsschützende Verfahren durch Abwarten des letztmöglichen Zeitpunkts zur Abwehr der Gefahr umgangen werden. Weil die Angeklagten das grundrechtsschützende Verfahren nicht rechtzeitig einleiteten, trotz dass die Möglichkeit hierzu bestand, liegt keine Gefahr im Verzug vor. Die eigenmächtige Verteidigung der Angeklagten war daher nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB und nicht gerechtfertigt.<sup>455</sup>

Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH. Das Gericht argumentiert mit einem „Recht zur Erzwingung von Gesetzestreue“, das ausschließlich dem Staat zukomme, mit einem „Vorrang staatlicher Zwangsmittel“, einer empfindlichen Störung des Rechtsfriedens und einer Eskalationsgefahr.<sup>456</sup> Woher ein solches Recht des Staates

<sup>450</sup> BGH, Urt. v. 15.05.1979 – 1 StR 74/79 –, juris Rn. 8–11; kritisch dazu *Hruschka*, NJW 1980, 21 (23).

<sup>451</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris; dargestellt oben B.II.2.a)bb), S. 12 ff.

<sup>452</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 1.

<sup>453</sup> BVerfGE 103, 142 (155).

<sup>454</sup> Ebenso für § 229 BGB auch *W. B. Schönemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, S. 72–74.

<sup>455</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 14; im Ergebnis ebenso *Schönke/Schröder/Eisele*, § 240 Rn. 19a; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 231; *Petersen*, JA 2017, 502 (507); *Roxin*, NStZ 1993, 335; *ders./Greco*, AT I, § 16 Rn. 85; *MüKoStGB/Sinn*, § 240 Rn. 132; vgl. auch *Arzt*, JZ 1994, 314.

<sup>456</sup> BGH, Urt. v. 03.02.1993 – 3 StR 356/92 –, juris Rn. 15; zustimmend *Roxin*, NStZ 1993, 335; *MüKoStGB/Sinn*, § 240 Rn. 132.

zur Erzwingung von Gesetzestreue stammt, bleibt dabei aber ebenso im Dunkeln wie die Antwort auf die Frage, weshalb die Angeklagten bei einer Verletzung dieses *Rechts des Staates wegen Nötigung der Jugendlichen* bestraft werden sollen.<sup>457</sup> Abgesehen davon, dass Argumente mit Bezug auf das staatliche Gewaltmonopol, und um nichts anderes handelt es sich hier, innerhalb des § 34 StGB fehl am Platz sind,<sup>458</sup> sind solche Überlegungen abermals zu undifferenziert, um eine nachvollziehbare und vorhersehbare Rechtsanwendung zu gewährleisten.

*dd) „Familienpflege“*

Anlass zu differenzierten Erwägungen im Zusammenhang mit dem Kriterium der Gefahr im Verzug gibt schließlich der Familienpflege-Fall,<sup>459</sup> in dem eine psychisch Kranke während ihrer Erregungszustände von ihren Angehörigen in ihrem Zimmer eingeschlossen wurde, um sie selbst und andere zu schützen. Was das möglicherweise vorrangige staatliche Verfahren bei § 34 StGB angeht, ist nach heutigem Recht an die familienrechtlichen Regeln zur Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB und das gerichtliche Verfahren in Unterbringungssachen nach §§ 312 ff. FamFG zu denken.<sup>460</sup> Die Befugnisse eines im Regelfall privaten<sup>461</sup> (vgl. § 1900 Abs. 1 Hs. 1 BGB) Betreuers umfassen u. a. die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen zum Schutz der betreuten Person nach § 1906 BGB.<sup>462</sup> Solche Maßnahmen bedürfen nach § 1906 Abs. 2 S. 1 BGB der Genehmigung durch das Betreuungsgericht. Hinter dem Genehmigungserfordernis des § 1906 Abs. 2 BGB steht Art. 104 Abs. 2 GG.<sup>463</sup> Daneben muss die betreute Person im Regelfall vor dem Betreuungsgericht angehört werden, § 319 FamFG. Das staatliche Verfahren im Vorfeld einer freiheitsentziehenden Maßnahme ist mithin ein grundrechtsschützendes Verfahren.<sup>464</sup> Dieses entfaltet grundsätzlich Vorrang gegenüber privaten Notstandshandlungen.

Demgegenüber legt der BGH im Urteil zum Familienpflege-Fall Wert darauf, dass Private nicht an die Grundrechte, also insbesondere nicht an Art. 104 Abs. 2 GG, ge-

<sup>457</sup> Lesch, StV 1993, 578 (580).

<sup>458</sup> Oben D.II.4.c)cc), S. 276 ff.

<sup>459</sup> BGHSt 13, 197 ff.; dargestellt oben B.II.2.b), S. 15 ff.

<sup>460</sup> Wenn Heidebach im Festhalten des Betroffenen in Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Betreuers keine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG sieht (Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 88 f.), ist dies vorliegend unschädlich, weil das *Einschließen* über mehrere Tage (BGHSt 13, 197 (198)) die Voraussetzung einer Freiheitsentziehung in jedem Fall erfüllt. Zur Kontroverse um kurzzeitige Unterbringungen bei § 1906 BGB MüKoBGB/Schneider, § 1906 Rn. 13; zum Begriff der Freiheitsentziehung bei Art. 104 GG Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Art. 104 Rn. 60 ff.

<sup>461</sup> Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 75–79 m. w. N.

<sup>462</sup> Dient die Unterbringung dem Schutz der Allgemeinheit vor dem Betreuten, greift das öffentlich-rechtliche Unterbringungsrecht z. B. nach § 13 PsychKHG BW. Die hiesigen Erwägungen gelten aber entsprechend.

<sup>463</sup> BVerfGE 10, 302 ff.

<sup>464</sup> Zu § 1906 BGB und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG vgl. auch MüKoBGB/Schneider, § 1906 Rn. 37.

bunden seien und die Angehörigen den Richtervorbehalt damit gar nicht unterlaufen könnten.<sup>465</sup> Die Angehörigen hätten zudem dieselbe Maßnahme ergriffen, die auch innerhalb des staatlichen Verfahrens hätte ergriffen werden können, und dass im Vorfeld kein Richter eingeschaltet wurde, sei „gerade ein Kennzeichen des Notstandes.“<sup>466</sup> Jedem Gedanken ist für sich genommen zuzustimmen: Private sind nicht *unmittelbar* an den Richtervorbehalt gebunden, jede Notstandshandlung findet außerhalb staatlicher Verfahren statt, und im konkreten Fall ergriffen die Angehörigen eine Maßnahme, die einer staatlichen im Ergebnis ähnelt. Dennoch ist die Tat nicht gerechtfertigt. Entscheidend ist nämlich nicht die (fehlende) unmittelbare Bindung Privater an Art. 104 Abs. 2 GG, sondern die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates, die sich im Wege *mittelbarer* Drittwirkung auch auf die Beziehung zwischen Notstandstäter und Eingriffsoffer auswirkt.<sup>467</sup> Das belegt bereits die Existenz des § 1906 Abs. 2 BGB: Würden Art. 2 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 104 Abs. 2 GG überhaupt nicht für privat veranlasste Freiheitsentziehungen gelten, bedürfte der (private) Betreuer auch keiner richterlichen Genehmigung nach § 1906 Abs. 2 BGB. Genau dies wurde jedoch vom BVerfG für das Vormundschaftsrecht gefordert.<sup>468</sup> Art. 2 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 104 Abs. 2 GG gilt mithin auch für Freiheitsbeeinträchtigungen durch einen Betreuer.<sup>469</sup> Das muss auch im Rahmen des § 34 StGB beachtet werden. Für § 1906 Abs. 2 BGB bestünde kein Bedarf, wenn die außerhalb eines Betreuungsverhältnisses und ohne richterliche Genehmigung erfolgte Unterbringung ebenfalls gerechtfertigt wäre. Wenn der BGH stattdessen darauf abstellt, dass die von den Angehörigen ergriffene Maßnahme faktisch mit dem hypothetischen Ergebnis des staatlichen Verfahrens übereinstimmt, bezieht er sich im hier entwickelten Ansatz allein auf den staatlichen Entscheidungsvorrang, missachtet aber die grundrechtliche Bedeutung des diese Entscheidung durchsetzenden Verfahrens auch und gerade im Zusammenhang mit § 34 StGB.

Damit erübrigt sich auch eine teils vertretene Ausnahme vom Vorrang staatlicher Verfahren für Fälle, in denen sich privates Vorgehen als im Vergleich zu staatlichem Handeln milderes Mittel darstellt und die Absage an einen Vorrang des Staates damit (scheinbar) dem Eingriffsoffer selbst dient.<sup>470</sup> Diese Auffassung vermischt zunächst den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren als Merkmal der Angemessenheit

<sup>465</sup> BGHSt 13, 197 (198 f.) und BGH NJW 1959, 1595 (1596); zustimmend Sax, JZ 1959, 778.

<sup>466</sup> BGH NJW 1959, 1595 (1596).

<sup>467</sup> Allgemein oben D.III.3.d), S. 349 ff.

<sup>468</sup> BVerfGE 10, 302 (317 ff.); siehe auch Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 80–89 mit Kritik.

<sup>469</sup> Ganz h. M.: Sachs/Degenhart, Art. 104 Rn. 8; v. Münch/Kunig/Kunig/Saliger, Art. 104 Rn. 7; Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, Art. 104 Rn. 36; Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 104 Rn. 65–66; weitere Nachweise bei Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, S. 85 f. und 200. Zur privatautonomen Bestellung eines Bevollmächtigten siehe BVerfG (K) NJW-RR 2016, 193 (194, Rn. 15); Sachs/Degenhart, Art. 104 Rn. 8. Dort bestehen Zweifel an der Übertragbarkeit des Art. 104 Abs. 2 GG, die vorliegend jedoch irrelevant sind, weil es im Fall des § 1906 BGB um eine fremdbestimmte Maßnahme geht.

<sup>470</sup> BGHSt 13, 197 (199); Roxin, FS Jescheck, S. 457 (481); ders./Greco, AT I, § 16 Rn. 53; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 222.

nach § 34 S. 2 StGB mit der Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr: Dass das private Vorgehen das mildere Mittel darstellt, ist eine innerhalb der Erforderlichkeit der Notstandshandlung notwendige, für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB insgesamt aber nicht hinreichende Voraussetzung. Innerhalb der Angemessenheitsklausel bezweckt der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren zudem den Schutz gegen private und verfahrensfreie Eingriffe – auch und gerade in Fällen, in denen Familienangehörige behaupten, nur zum Wohl der betroffenen Person zu handeln und einen *staatlichen* Eingriff als zu weitgehend erachten.<sup>471</sup> Um einen solchen Missbrauch zu vermeiden, sieht das Betreuungsrecht in § 1908i Abs. 1 i. V. m. § 1837 Abs. 2 und 3 BGB eine staatliche Beaufsichtigung des Betreuers vor, die durch eigenmächtiges Vorgehen außerhalb dieses Verfahrens ebenso umgangen wird wie die persönlichen Voraussetzungen, die § 1897 BGB zur Bestellung des Betreuers verlangt.<sup>472</sup> Dass die freiheitsentziehende Maßnahme dem Wohl des Betreuten dient, ist auch deshalb kein taugliches Kriterium zur Abgrenzung zwischen staatlichen und privaten Befugnissen, weil dies von § 1906 Abs. 1 BGB, also dem staatlichen Verfahren, ebenfalls vorausgesetzt wird. Der Staat soll sich also entgegen der Ansicht des BGH nicht aufgrund des Subsidiaritätsprinzips aus der familiären Sphäre zurückziehen, sondern auch und gerade innerhalb der Familie für Schutz sorgen.<sup>473</sup> Mithin überzeugt diese in der Literatur vertretene Ausnahme ebenso wenig wie die Auffassung des BGH. Es bleibt beim grundsätzlichen Vorrang des betreuungsrechtlichen Verfahrens.

Möglicherweise liegt jedoch Gefahr im Verzug vor. Geht man davon aus, dass die Erregungszustände, die die Kranke zum Weglaufen veranlassten, plötzlich und unerwartet auftraten,<sup>474</sup> käme die Durchführung des grundrechtsschützenden Verfahrens mitsamt der Beantragung einer Genehmigung beim Betreuungsgericht zu spät, um die Betroffene noch rechtzeitig von möglicherweise selbst- oder fremdschädigenden Handlungen abzuhalten. Infolgedessen dient der Fall in der Literatur häufig als Beispiel für eine Dauer Gefahr, in der ein Schaden jederzeit eintreten kann.<sup>475</sup> Es ist aber eine differenzierende Betrachtung geboten. Zur Abwehr einer akuten Gefahr durch plötzliches Eintreten des Erregungszustandes erlaubt das Kriterium der Gefahr im Verzug private Maßnahmen und macht eine Ausnahme vom Vorrang des grundrechtsschützenden Verfahrens. Das entspricht § 1906 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB, der eine Ausnahme vom Richtervorbehalt vorsieht, wenn „mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist“. Einsperrungen für die Dauer von zwei bis drei Tagen bei einer Gesamtdauer von rund zwei Wochen pro Monat wie im vorliegenden Fall<sup>476</sup> sind davon aber nicht

---

<sup>471</sup> Zur Missbrauchsgefahr auch BVerfGE 10, 302 (324); siehe auch Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 9 Rn. 28; NK/Sonnen, § 239 Rn. 21.

<sup>472</sup> BVerfGE 10, 302 (324–326).

<sup>473</sup> Kritisch zur abstrakten Argumentation des BGH auch Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 9 Rn. 28.

<sup>474</sup> Angedeutet bei BGH NJW 1959, 1595 (1596).

<sup>475</sup> MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 97; Kühl, AT, § 8 Rn. 65; NK/Neumann, § 34 Rn. 56; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 17; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 21; LK/Zieschang, § 34 Rn. 70.

<sup>476</sup> BGHSt 13, 197 (198).

umfasst. Ähnlich wie im „Spanner“-Fall ist vielmehr schnellstmöglich (unverzüglich, § 1906 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB), also etwa am Folgetag, das grundrechtsschützende Verfahren einzuleiten. Der Kreis der bei Dauergefahren zulässigen privaten Handlungen ist also aufgrund des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren auf Maßnahmen zur Überbrückung der Dauer des vorrangigen Verfahrens und seiner Einleitung begrenzt.<sup>477</sup> Die Taten der Familienangehörigen überschritten diesen Rahmen deutlich, sind daher wegen vorrangiger grundrechtsschützender Verfahren nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB und entgegen dem Urteil des BGH rechtswidrig.<sup>478</sup>

#### ee) Zündschlüssel-Fälle

Die Zündschlüssel-Fälle<sup>479</sup> weisen schließlich über das Merkmal der Gefahr im Verzug hinaus, illustrieren aber nochmals das Zusammenspiel mit der Je-desto-Formel. Fraglich ist, ob die Wegnahme eines Zündschlüssels nach § 34 StGB gerechtfertigt ist, wenn sie erfolgt, um eine Gefährdung des Straßenverkehrs oder anderer Verkehrsteilnehmer durch eine Trunkenheitsfahrt zu verhindern.<sup>480</sup> Als vorrangiges staatliches Verfahren kommt ein präventives Vorgehen der Polizeibehörden in Betracht.

Aus Sicht der Je-desto-Formel entfaltet das gefahrenabwehrrechtliche Verfahren Vorrang, wenn sein Ergebnis vor Einleitung und Durchführung noch offen ist. Zwar hat die Polizei allgemein ein Entschließungs- und Auswahlermessen,<sup>481</sup> doch spricht bei einer unmittelbar bevorstehenden Trunkenheitsfahrt viel dafür, dass jedenfalls das Entschließungsermessen auf Null reduziert ist. Auch wenn der Polizei also ein Spielraum dabei verbleibt, *wie* sie die Trunkenheitsfahrt verhindert, müsste sie, wäre sie vor Ort, jedenfalls *irgendwie* tätig werden. Folglich sind nach § 34 StGB zumindest vorläufige Maßnahmen erlaubt, wenn der Inhaber des Erhaltungsguts auch außerhalb des rechtfertigenden Notstands ein polizeiliches Tätigwerden verlangen könnte. Letzteres ist hier fraglich: Handelten die Täter nur zur Abwehr einer Gefahr für das Kollektivrechtsgut der Sicherheit des Straßenverkehrs, bestünde kein Unterschied zu dem Vorgehen der Tierschützer im obigen Fall (oben a)bb)). Es gäbe keinen Anspruch auf staatliches Tätigwerden, sondern der alkoholisierte Fahrer könnte der Wegnahme der Zündschlüssel berechtigt entgegenhalten, dass die Trunkenheitsfahrt die Täter nichts angeht.<sup>482</sup> Anders ist dies, wenn die Täter eigene oder fremde *individuelle* Rechtsgüter schützen. Eine eigene Gefährdung der Täter durch die Trunkenheits-

<sup>477</sup> Ähnlich *Jakobs*, AT, 13/42: tatsächliche Hindernisse.

<sup>478</sup> Im Ergebnis ebenso *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 9 Rn. 28; *Jakobs*, AT, 13/42 und 49; *NK/Sonnen*, § 239 Rn. 21.

<sup>479</sup> OLG Koblenz, NJW 1963, 1991; OLG Frankfurt, NStZ-RR 1996, 136; dargestellt oben B.II.3.d), S. 36 f.

<sup>480</sup> Läge der Zweck der Wegnahme allein im Schutz des alkoholisierten Fahrers selbst, ginge es um eine mit dem Familienpflege-Fall vergleichbare Konstellation, dazu soeben E.IV.3.b)dd).

<sup>481</sup> Allgemein zu Entschließungs- und Auswahlermessen der Polizei *Schoch/Kießling*, in: *Schoch/Eifert* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 303 f.

<sup>482</sup> Bedenken gegen den Schutz des Kollektivrechtsguts durch die Tat auch bei *KKOWiG/Rengier*, § 16 Rn. 11.

fahrt ist fernliegend, könnten doch diejenigen, die von der Alkoholisierung des Fahrers wissen, die Wahrscheinlichkeit eigener Schädigung verringern, indem sie dem Fahrer schlicht aus dem Weg gehen (oder fahren). Das gilt aber nicht für andere Verkehrsteilnehmer: Sie wissen nichts von der Trunkenheit des Fahrers. Zu ihren Gunsten lässt sich daher eine Notstandshilfe annehmen.<sup>483</sup> Die Wegnahme des Zündschlüssels diene demnach dem Schutz anderer Verkehrsteilnehmer.<sup>484</sup> Diese hätten von den Polizeibehörden auch ein Einschreiten verlangen können.<sup>485</sup> Folglich sind vorläufige Maßnahmen zulässig. Die Wegnahme des Zündschlüssels lässt sich als eine solche vorläufige Maßnahme ansehen, denn sie führt dazu, dass der Fahrer bis zum Eintreffen der Polizei am Wegfahren gehindert wird.<sup>486</sup> Aus Sicht der Je-desto-Formel handeln die Täter also gerechtfertigt.

Möglicherweise ist das polizeiliche Verfahren jedoch wegen seiner grundrechtsschützenden Regeln vorrangig. Das einschlägige Verfahrensrecht dient dem Schutz der Grundrechte des Fahrers (z. B. § 28 (L)VwVfG). Allerdings liegt Gefahr im Verzug vor: Bis zum Eintreffen der Polizei, die das grundrechtsschützende Verfahren durchführen könnte, hätte das Eingriffsoffer die Trunkenheitsfahrt bereits angetreten. Innerhalb dieser Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren gilt die Je-desto-Formel. Das Entschließungsermessen der Polizei ist wie gesehen auf Null reduziert, d. h. sie hätte jedenfalls irgendwie tätig werden müssen. Diese Entscheidung könnte aber nicht mehr vollzogen werden, wenn der Fahrer nicht am Wegfahren gehindert würde. Damit verbindet sich die Ausnahme vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bei Gefahr im Verzug mit den Ergebnissen der Je-desto-Formel: Wegen Gefahr im Verzug sind vorläufige Maßnahmen zulässig.<sup>487</sup> Die Täter handelten folglich gerechtfertigt.<sup>488</sup>

### c) Grundrechtsschützende Verteilungsverfahren

#### aa) Einleitung: Verteilungsverfahren und § 34 StGB

Die Je-desto-Formel und der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren verstärken sich gegenseitig bei Verfahren, deren relative Offenheit selbst grundrechtliche Bedeutung hat, bei denen also der mit der Je-desto-Formel bezweckte Schutz der Entscheidungskompetenz *zugleich* dem Grundrechtsschutz dient. Das ist insbesondere bei solchen Verfahren der Fall, die einen Ausgleich unter verschiedenen grundrecht-

<sup>483</sup> Das erinnert an die Feldbefreier-Fälle: Hätten die Täter zugunsten des Nachbarn gehandelt, wäre eine Rechtfertigung denkbar gewesen (oben E.III.3.c), S. 414 ff.).

<sup>484</sup> Vgl. auch *Kühl*, AT, § 8 Rn. 29; *KKWiG/Rengier*, § 16 Rn. 11; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 53.

<sup>485</sup> Allgemein *Schoch/Kießling*, in: *Schoch/Eifert* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 332 f.

<sup>486</sup> OLG Koblenz, NJW 1963, 1991; vgl. auch *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13.

<sup>487</sup> Auf die Eilbedürftigkeit verweisen auch *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13.

<sup>488</sup> Ebenso OLG Koblenz, NJW 1963, 1991; OLG Frankfurt, NSTZ-RR 1996, 136; *Seidel*, NJW 1964, 214; *KKWiG/Rengier*, § 16 Rn. 11; *Roxin/Greco*, AT I, § 16 Rn. 13; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 459.

lichen Belangen herstellen sollen, indem knappe Güter, bei denen die Nachfrage nicht durch die vorhandene Menge befriedigt werden kann,<sup>489</sup> verteilt werden (Verteilungsverfahren).<sup>490</sup>

Innerhalb des hier entwickelten Ansatzes zum Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand geht es dabei nicht um eine wesentlich neue Kategorie, sondern um eine Kombination bereits bekannter Aspekte.<sup>491</sup> Verteilungsverfahren setzen sich aus zwei Stufen zusammen: Erst wird abstrakt-generell über den Kreis der grundsätzlich Berechtigten entschieden. Sind dabei mehr abstrakt Berechtigte vorhanden als im Einzelfall befriedigt werden können, trifft man im nächsten Schritt eine konkret-individuelle Verteilungsentscheidung über die konkret Begünstigten.<sup>492</sup> Auf beiden Stufen ist fraglich, nach welchen Grundsätzen die Verteilung knapper Güter erfolgt und *wer* über die Verteilung zu entscheiden befugt ist.<sup>493</sup> Dies beantwortet für den rechtfertigenden Notstand die Je-desto-Formel mit dem Entscheidungsvorrang und dem Verfahrensvorbehalt. Insoweit bleibt es also bei den bekannten Maßstäben. Für den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren hat die Kategorie der Verteilungsverfahren dagegen eine Erweiterung zur Folge. Es geht nicht mehr allein um den Schutz der Grundrechte des konkreten Eingriffsoffiziers im Notstandskonflikt, sondern auch und v. a. um die Grundrechte etwaiger Mitbewerber oder Konkurrenten. Diesen gegenüber verschafft sich der Notstandstäter mit einer eigenmächtigen Handlung außerhalb des Verteilungsverfahrens möglicherweise einen unangemessenen Vorteil.<sup>494</sup> Eine Notstandstat kann also auch dann in Konflikt mit Grundrechten Dritter kommen, wenn sie nicht unmittelbar in Individualrechtsgüter eingreift. Auch ein Eingriff in ein kollektives Rechtsgut kann zu einer grundrechtlich relevanten Benachteiligung möglicher Konkurrenten führen, wenn das Rechtsgut bzw. sein gegenständliches Substrat erstens nur begrenzt zur Verfügung steht und zweitens für die Grundrechtsverwirklichung Dritter relevant ist. Verteilungsverfahren in diesem Sinne sind sowohl nach der Je-desto-Formel als Entscheidungsverfahren als auch aufgrund ihrer grundrechtssichernden Wirkung vor-

<sup>489</sup> Zur Knappheit *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), *Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat*, S. 23 (25 ff.).

<sup>490</sup> Zum Verteilungsverfahren insbesondere *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 277 (290 ff.); monographisch *Malaviya*, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, 2009; *F. Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, 2010; vgl. auch *Gurlit*, *VVDStRL 70* (2011), 229 (253 f.); *Schmidt-Aßmann*, in: Lerche et al. (Hrsg.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, S. 3 (10 f.); *ders.*, in: *HGR II*, § 45 Rn. 73; *Schneider*, in: *GVwR II*, § 28 Rn. 182 ff.; vgl. auch *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), *Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat*, S. 23 ff.

<sup>491</sup> Andeutungen zur Bedeutung der Verteilungsverfahren für § 34 StGB bei *Coca-Vila*, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 (73); *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, S. 255.

<sup>492</sup> *Malaviya*, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, S. 51 ff.; vgl. auch *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, S. 277 (308): Eignungs- und Auswahlentscheidung.

<sup>493</sup> Vgl. zur Kompetenzverteilung innerhalb der drei Staatsgewalten diesbezüglich auch *F. Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, S. 96–100 und 564–570.

<sup>494</sup> Ähnlich die Überlegung zur Wettbewerbsverzerrung bei *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 251.

rangig. Weil es sich regelmäßig um Entscheidungs- und nicht um Durchsetzungsverfahren handelt, gelten dabei in der Regel „nur“ die Rechtsfolgen der Je-desto-Formel, nicht aber der strenge Ausschluss jeder Notstandsrechtfertigung aufgrund des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren.

Nun lassen sich viele staatliche Verfahren als Verfahren zur Verteilung eines knappen Guts, nämlich der individuellen Handlungsfreiheit, ansehen.<sup>495</sup> Das belegt zwar einerseits, dass mit der Kategorie des Verteilungsverfahrens nichts Neues in den hier entwickelten Ansatz eingeführt wird – andererseits soll diese Kategorie im Folgenden enger verstanden werden. Nicht jedes staatliche Verfahren ist ein Verteilungsverfahren,<sup>496</sup> und nicht jeder staatliche Entscheidungsspielraum ist grundrechtlich relevant. Nicht allgemein die Verteilung individueller Handlungsspielräume, sondern konkret die Verteilung knapper Güter oder Ressourcen steht im Fokus.<sup>497</sup> Aufgrund der Knappheit wirkt sich dabei jede Bevorzugung des einen unmittelbar als Benachteiligung des anderen Bewerbers aus.<sup>498</sup> Weil hier immer auch die Grundrechte der Konkurrenten zu beachten sind,<sup>499</sup> dient das Verteilungsverfahren mit *Andreas Voßkuhle* der „grundrechtssichernde[n] Mangelverwaltung“<sup>500</sup>. Nicht alle der folgenden Beispiele betreffen solche grundrechtsschützende Verteilungsverfahren.<sup>501</sup> Deren Grundgedanke lässt sich dennoch häufig fruchtbar machen.<sup>502</sup>

#### bb) Private Umverteilungsmaßnahmen

Aufschluss über den Anwendungsbereich der Verteilungsverfahren geben zunächst die folgenden Beispiele privater Umverteilungsmaßnahmen. Kommt staatlichen Verteilungsverfahren u. U. wegen ihrer grundrechtlichen Bedeutung Vorrang gegenüber privaten Handlungen zu, scheint die Frage, ob „private Umverteilungsmaßnahmen“ gerechtfertigt werden können, bereits beantwortet. Dass dem nicht so ist, wird sich sogleich zeigen.

<sup>495</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 315 ff.; zur abwehrrechtlichen Konstruktion der Verteilung knapper Güter ebd., S. 130–132, 309–311; kritisch *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 54.

<sup>496</sup> Vgl. auch *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 117 ff.

<sup>497</sup> Weiterführend *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 43–51.

<sup>498</sup> *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 55.

<sup>499</sup> *F. Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32–100; vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, in: HGR II, § 45 Rn. 73.

<sup>500</sup> *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 277 (291).

<sup>501</sup> Für ein weiteres Beispiel oben E.III.3.a)dd), S. 407 ff.

<sup>502</sup> *Coninx* versteht den rechtfertigenden Notstand insgesamt als Problem der Verteilungsgerechtigkeit, welches nach den Grundsätzen des Solidaritätsprinzips zu lösen sei (*Coninx*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht im Strafrecht, S. 175 (183 ff.)). Sieht man gleichzeitig jedes staatliche Verfahren als Verfahren zur Verteilung bestimmter Güter oder allgemein der Handlungsfreiheit an, lässt sich das Problem des Vorrangs staatlicher Verfahren neu formulieren. Ob es sich auch lösen lässt, ist eine andere Frage. Hier wird ein engeres Verständnis von Verteilungsverfahren zugrunde gelegt.

## (1) Internationale Solidarität durch Bankmitarbeiter

Die Antwort auf die Frage nach der Notstandsrechtfertigung eines Bankmitarbeiters, der Teile des Vermögens seiner Bank veruntreut, um es an hungernde Menschen in armen Ländern zu spenden,<sup>503</sup> ergibt sich zunächst zwanglos aus den bereits bekannten Kriterien, ohne dass es auf grundrechtsschützende Verteilungsverfahren ankommt.

Möglicherweise steht der Angemessenheit der Notstandshandlung im Sinne des § 34 S. 2 StGB die Unvereinbarkeit derselben mit einem Vorrang des demokratischen Verfahrens entgegen. Dieses ist nach der Je-desto-Formel vorrangig, wenn sein Ausgang nicht durch höherrangiges Recht vorherbestimmt ist. Zur internationalen Verteilungsgerechtigkeit enthält sich das GG konkreter Vorgaben an den Gesetzgeber.<sup>504</sup> Hinzu kommt, dass weder staatlicherseits noch bei Privaten ausreichende finanzielle Mittel vorhanden sind, um die ganze Welt vor dem Hungertod zu bewahren. Daher muss sowohl über das richtige Maß an internationaler Solidarität als auch über mögliche Nutznießer derselben im demokratischen Verfahren entschieden werden.<sup>505</sup> Dieses Verfahren entfaltet aufgrund seiner Offenheit innerhalb des § 34 StGB Vorrang. Ob man die gesetzgeberisch im Sozial- und Steuerrecht getroffenen Entscheidungen als in Sachen finanzieller Solidarität abschließend und jede zu darüber hinausgehenden Belastungen führende Notstandshandlung daher als mit dem Entscheidungsvorrang unvereinbar einordnet<sup>506</sup> oder stattdessen einen Verfahrensvorbehalt annimmt, aber vorläufige Maßnahmen wegen der Rechtmäßigkeit staatlicher Untätigkeit nicht zulässt, macht im Ergebnis keinen Unterschied: Zur Erhaltung der Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers sind erzwungene Spendenaktionen nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>507</sup> Auf die Grundrechte der Bank (Art. 19 Abs. 3 GG) oder Dritter kommt es dabei nicht an.

<sup>503</sup> Fall bei *Jakobs*, AT, 13/38; *Joerden*, GA 1991, 411 (424f.); *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 221 ff.; vgl. auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (75 und 78f.); *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 43f.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 256; siehe auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70); dargestellt oben B.III.3.b)bb), S. 70f.

<sup>504</sup> Dahingestellt bleibt, ob sich der Rechtsordnung unter Umständen sogar ein *Verbot* international-solidarischen Verhaltens entnehmen lässt, wie dies im Zusammenhang mit Impfstoffen in der COVID-19-Pandemie behauptet wurde von *Erb*, ZIS 2022, 95 (100 ff.). Dann würde die Rechtfertigung erzwungener Spendenaktionen Privater bereits am Vorrang *dieser* Entscheidung innerhalb des § 34 StGB scheitern.

<sup>505</sup> Ähnlich *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 221–226; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70).

<sup>506</sup> In diese Richtung *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 44 mit Fn. 4: „erschöpfende Inanspruchnahme Privater durch die Erhebung von Steuern und Sozialabgaben“; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224–225. Solche pauschalen Überlegungen zur abschließenden Festlegung des maßgeblichen Solidaritätsniveaus durch den Gesetzgeber laufen Gefahr, in letzter Konsequenz für § 34 StGB auch innerstaatlich keinen Anwendungsbereich mehr zu belassen.

<sup>507</sup> Ebenso im Ergebnis *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70); *Dencker*, FS Frisch, S. 477 (490f.); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (78f.); *Jakobs*, AT, 13/38; *Joerden*, GA 1991, 411 (424f.); *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 44; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224f.; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 256.

## (2) Medikamentendiebstahl

Auch die Lösung des zweiten Falls „privater Umverteilungen“ ergibt sich noch vergleichsweise leicht aus den bereits bekannten Kriterien. Handelt ein Vater, der aus Geldnot für seinen Sohn ein lebenswichtiges Medikament stiehlt, nach § 34 StGB gerechtfertigt?<sup>508</sup> Zu differenzieren ist nach dem Opfer dieses Medikamentendiebstahls. Geht man zunächst – wenig realitätsnah – davon aus, dass der Vater die Medikamente z. B. aus einem Lager der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) wegnimmt,<sup>509</sup> ist erneut an einen möglichen Vorrang des demokratischen Verfahrens zu denken.<sup>510</sup> Dort wird über Voraussetzungen und Inhalt möglicher Ansprüche auf Versorgung mit Medikamenten gegen die GKV entschieden und ein Ausgleich zwischen medizinischem Bedarf und den konkret verfügbaren Finanzmitteln geschaffen,<sup>511</sup> ohne dabei engen verfassungsrechtlichen Vorgaben unterworfen zu sein.<sup>512</sup> Damit entfaltet das demokratische Verfahren nach der Je-desto-Formel Vorrang innerhalb des rechtfertigenden Notstands. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 34 SGB V i. V. m. §§ 43, 48 AMG besteht unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch gegen die GKV auf apotheken- und verschreibungspflichtige Arzneimittel. Sind diese Vorgaben in der Person des Vaters bzw. des begünstigten Sohnes erfüllt, stimmt die Notstandshandlung mit der vorrangigen Entscheidung überein und ist daher angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB. Besteht *kein* gesetzlicher Anspruch auf das verwendete Arzneimittel,<sup>513</sup> verstößt die Tat gegen die vorrangige gesetzgeberische Entscheidung und ist rechtswidrig.<sup>514</sup> Insoweit ähnelt das Beispiel dem BtM-Eigentherapie-Fall (siehe oben III.3.b), S. 410 ff.).

---

<sup>508</sup> Fall bei *Jakobs*, AT, 13/37; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 224; vgl. auch *Matt/Renzikowski/Engländer*, § 34 Rn. 35; *MüKoStGB/Erb*, § 34 Rn. 255; *ders.*, JuS 2010, 108 (112); *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (79); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 358; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, S. 161 f.; *ders.*, GA 1985, 295 (297); *Paglotke*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, S. 70 und 75 ff.; *Thiel*, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 154; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 484; *LK/Zieschang*, § 34 Rn. 127; siehe auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70); *Jescheck/Weigend*, AT, S. 358; dargestellt oben B.III.3.b)bb), S. 70 f.

<sup>509</sup> Sozialrechtlich wird mit dieser Sachverhaltskonstruktion vermieden, zwischen öffentlich-rechtlichem Leistungserbringungs- und nach h.M. privatrechtlichem Erfüllungsverhältnis differenzieren zu müssen; dazu *Kingreen*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht III, § 76 Rn. 12 ff.

<sup>510</sup> Das Verfahren nach Sozialrecht (hier: §§ 31 ff. SGB V) hat keinen Vorrang, weil ein (gesetzlicher) Anspruch auf eine bestimmte Leistung besteht.

<sup>511</sup> Vgl. auch *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 120.

<sup>512</sup> Zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Sozialrecht allgemein BVerfGE 52, 264 (274); siehe auch BVerfG NJW 1997, 3085; kein Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf Bereitstellung einer speziellen Gesundheitsleistung, sondern Gestaltungsspielraum des Staates.

<sup>513</sup> Zu bedenken ist die Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit des Nicht-Bestehens eines solchen Anspruchs im Einzelfall, siehe z. B. BVerfGE 115, 25 (49).

<sup>514</sup> Differenzierung nach Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs auf das Medikament auch bei *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70); *Jakobs*, AT, 13/37; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 226.

Bei einem Diebstahl der Medikamente vom Nachbarn oder einem anderen Dritten<sup>515</sup> kommt der Ermittlung des nach der Je-desto-Formel vorrangigen Verfahrens eine besondere Bedeutung zu. Ein Anspruch gegen die GKV oder den Staat auf die gestohlenen Medikamente schützt zwar den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, berücksichtigt aber die Position des konkret betroffenen Nachbarn nicht. Das polizeiliche Verfahren zur Heranziehung des Nachbarn als „Inhaber des Gegenmittels“<sup>516</sup> kommt dem Notstandskonflikt näher als das demokratische Verfahren zum Ausgleich zwischen Finanzmitteln und medizinischem Bedarf. Nach dem Prinzip bestmöglicher Annäherung an den Notstandskonflikt ist daher dieses polizeiliche Verfahren möglicherweise vorrangig. Liegen die anderen Voraussetzungen vor und stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, hat die Polizei Ermessen bei der Auswahl des konkret herangezogenen Nichtstörers.<sup>517</sup> Dann entfaltet das Verfahren Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Mangels Verfahrensdurchführung gelten daher die Grundsätze des Verfahrensvorbehalts. Weil die Notstandstat in individuelle Rechtsgüter des Nachbarn eingreift, ist zudem an den grundrechtsschützenden Charakter des polizeilichen Verfahrens zu denken (insbesondere § 28 (L)VwVfG). Aus dem Zusammenspiel von Je-desto-Formel und Vorrang grundrechtsschützender Verfahren folgt dann, dass bei Gefahr im Verzug vorläufige Maßnahmen zulässig sind. Würde der Sohn also vor Ablauf des staatlichen Verfahrens sterben oder irreparable Gesundheitsschäden erleiden, sind Maßnahmen zur Überbrückung der Verfahrensdauer im Sinne des § 34 S. 2 StGB angemessen.<sup>518</sup>

### (3) „Impfdrängler“

Zu einem echten Verteilungsproblem wird der Fall, wenn die gestohlenen Medikamente nur in begrenzter Menge vorhanden sind und nicht alle Interessenten befriedigt werden können.<sup>519</sup> Man stelle sich z. B. vor, der Vater würde ein Medikament stehlen, das aufwendig hergestellt werden muss oder erst neu entwickelt wurde, bei dem aber die Nachfrage groß ist, wie dies z. B. zeitweise bei Impfstoffen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie der Fall war.<sup>520</sup> Lässt man die anderen Voraussetzungen

<sup>515</sup> So der klassische Fall in der Literatur, siehe nur *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (79) m. w. N.

<sup>516</sup> Dazu *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 438.

<sup>517</sup> Hierzu allgemein *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Kap. 1 Rn. 479.

<sup>518</sup> Das entspricht im Ergebnis der Ansicht *Pawliks*, der eine Notstandsrechtfertigung bejaht, wenn die Krankenkasse das Medikament am nächsten Morgen bewilligen würde, das kranke Kind aber nicht so lange warten kann, vgl. *Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand*, S. 226; ähnlich *Jakobs*, AT, 13/37: akuter Krankheitsfall und Unerreichbarkeit staatlicher Hilfe bei Anspruch auf Medikament.

<sup>519</sup> Zu den Voraussetzungen der Knappheit eines Guts *Malaviya*, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren*, S. 49; siehe auch *Kloepfer/Reinert*, in: *Gethmann/Kloepfer/Reinert* (Hrsg.), *Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat*, S. 23 (25 ff.).

<sup>520</sup> Gegen eine Strafbarkeit der „Impfdrängelei“ de lege ferenda *Rostalski*, *medstra* 2021, 201 ff.

des § 34 StGB außer Acht, hängt eine Notstandsrechtfertigung dieser Form der „Impfdrängelei“ von ihrer Vereinbarkeit mit dem Vorrang staatlicher Verfahren ab.

Wie einleitend beschrieben wurde, muss zur Verteilung knapper Güter erstens abstrakt-generell über den Kreis der Berechtigten und zweitens konkret-individuell über die jeweils begünstigte Person entschieden werden. Bzgl. der Impfstoffe handelt es sich bei der Festlegung von Priorisierungsgruppen auf Grundlage einer Rechtsverordnung<sup>521</sup> um die abstrakt-generelle und bei der Terminvergabe im Einzelfall anhand der zeitlichen Reihenfolge der Anfragen um die konkret-individuelle Auswahlentscheidung. Soweit eine bestimmte Priorisierung nicht durch höherrangiges Recht vorgegeben ist,<sup>522</sup> stellt sich das Verfahren auf Ebene der Festlegung der Priorisierungsgruppen als Entscheidungsverfahren im Sinne der Je-desto-Formel dar und entfaltet daher innerhalb des § 34 StGB Vorrang. Ein Täter, der schon gar nicht zu einer Priorisierungsgruppe gehört, verstößt gegen den Entscheidungsvorrang und handelt daher rechtswidrig, wenn er die Impfstoffe stiehlt. Aus der abstrakt-generellen Priorisierung folgt aber noch kein Anspruch auf das begehrte Gut, sondern allein ein Anspruch auf Teilhabe am konkret-individuellen Auswahlverfahren.<sup>523</sup> Nur wenn auch hier keine wesentlichen Spielräume mehr bestehen, wäre ein Diebstahl des Impfstoffes nach der Je-desto-Formel womöglich gerechtfertigt. Insbesondere bei einer Verteilung aufgrund des zeitlichen Prioritätsprinzips (Terminvergabe) trifft das Verfahren auf konkret-individueller Ebene keine eigene Entscheidung mehr.<sup>524</sup> Aus Sicht der Je-desto-Formel spricht deshalb viel für einen bloß durchsetzenden Charakter dieses Verfahrens und gegen einen Vorrang desselben innerhalb des § 34 StGB.

Allerdings ist die grundrechtliche Bedeutung der beiden Verfahren zu beachten. Das Verfahren zur Festlegung der Priorisierungsgruppen schafft einen Ausgleich zwischen den Grundrechten der priorisierten und der nicht-priorisierten Personen,<sup>525</sup> und das Auswahlverfahren auf konkret-individueller Ebene verteilt das knappe Gut unter den abstrakt-generell Berechtigten (etwa durch Terminvergabe). Jeweils handelt es sich um ein grundrechtsschützendes Verteilungsverfahren. Wer sich das begehrte Gut, beispielsweise den knappen Impfstoff, *außerhalb* dieser beiden Verteilungsverfahren verschafft, benachteiligt wegen der Knappheit des Gutes immer zugleich alle seine gleichberechtigten Mitbewerber. Eine Rechtfertigung dieses

---

<sup>521</sup> Beispiel: Verordnung des Bundesministeriums für Gesundheit zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung – CoronaImpfV) vom 30. August 2021 (BANz AT 31.08.2021 V1); zu verfassungsrechtlichen Problemen *Leisner-Egensperger*, NJW 2021, 202 (205 ff.).

<sup>522</sup> Beispielsweise war die Impfpriorisierung im Zusammenhang mit COVID-19 keineswegs zwingend vorgegeben, vgl. *Leisner-Egensperger*, NJW 2021, 202 (203); *Rostalski*, medstra 2021, 201 (202).

<sup>523</sup> Allgemein *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 51 f.

<sup>524</sup> Vgl. *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 47 (68); *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 147–148.

<sup>525</sup> Zur Grundrechtsrelevanz der Impfpriorisierung *Leisner-Egensperger*, NJW 2021, 202 (203 f.).

Vorgehens verletzte die Grundrechte der Konkurrenten, weshalb beide Auswahlverfahren als grundrechtsschützendes Verfahren Vorrang gegenüber privater „Impfdrängelei“ entfalten. Wer sich außerhalb der vorgesehenen Verfahren (z. B. ohne Termin) Impfstoffe verschafft, ist daher nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt.

Der Fall illustriert, dass es für den Vorrang grundrechtsschützender Verteilungsverfahren nicht auf die Grundrechte des konkreten Eingriffsoffers ankommt: Der Täter stiehlt den Impfstoff in tatsächlicher Hinsicht nicht unmittelbar von den anderen Bewerbern, sondern entwendet ihn z. B. aus einem Lager des Herstellers. Weil die Tat jedoch die Gesamtmenge des verfügbaren Impfstoffs reduziert, wirkt sie sich mittelbar auch zum Nachteil aller anderen Berechtigten aus. Normativ betrachtet stiehlt der Täter den Impfstoff daher auch von seinen Mitbewerbern. Weil staatlicherseits über die Verteilung des knappen Impfstoffs innerhalb besonderer Verfahren entschieden wird, die aufgrund der Grundrechtsrelevanz der Verteilungsentscheidung zugleich den prozeduralen Schutz der Grundrechte *aller Bewerber* bezwecken, läge in der Rechtfertigung einer privaten Tat außerhalb dieses Verfahrens zugleich eine Verletzung der Grundrechte der anderen Konkurrenten. Der Vorrang grundrechtsschützender Verteilungsverfahren erweitert also die grundrechtliche Bedeutung der Notstandsrechtfertigung über das konkret betroffene Eingriffsoffer bei § 34 StGB hinaus und führt dazu, dass Einzelne sich keine Vorteile zum Nachteil anderer verschaffen dürfen. Alles andere führte zu einem Wettlauf der Notstandstäter.<sup>526</sup>

### c) Künftige Klimadelikte

Mit dem Gedanken des Vorrangs grundrechtsschützender Verteilungsverfahren lassen sich auch Rechtfertigungsfragen rund um de lege ferenda ggf. neu geschaffene Klimaschutzdelikte beantworten. Die rechtspolitische Frage, ob und in welcher Form das Strafrecht zur Eindämmung des Klimawandels eingesetzt werden sollte, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.<sup>527</sup> Hier soll allein geklärt werden, ob ein Verstoß gegen etwaige klimaschützende Straftatbestände wegen Notstands gerechtfertigt werden könnte. Denkbar ist dabei ein verwaltungsrechtsakzessorisch ausgestalteter Tatbestand nach dem Vorbild des § 32 Abs. 3 Nr. 1 TEHG,<sup>528</sup> der für bestimmte Tätigkeiten das ungenehmigte Freisetzen von Treibhausgasen bestraft.<sup>529</sup> Verstößt z. B.

<sup>526</sup> Zu dem Gedanken noch sogleich E.IV.3.c)dd) und E.IV.3.c)ee).

<sup>527</sup> Dazu *Frisch*, GA 2015, 427 ff.; *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 ff.; vgl. auch *dies.*, GA 2023, 63 ff.; *Krell*, GA 2023, 81 ff.; *Foffani/Martin*, GA 2023, 100 ff.

<sup>528</sup> Zum Emissionshandel im Überblick *Kloepfer*, Umweltrecht, § 17 Rn. 175–197; *Meßerschmidt*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht II*, § 46 Rn. 155–174.

<sup>529</sup> Weitergehender Ansatz de lege ferenda bei *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 (8 ff.): Strafbarkeit jeglicher unkompensierter Treibhausgasemission. Die Stoßrichtung dieses Gedankens lässt sich mit einem verwaltungsrechtsakzessorischen Tatbestand verbinden, indem entweder auf dem Weg zur Klimaneutralität immer weniger Genehmigungen ausgestellt werden (*Satzger/v. Maltitz*, a. a. O., S. 23 f.) oder die Genehmigung von einer Kompensation der Emission abhängig gemacht wird. Dadurch würde ein Ausufern auf alltägliche Verhaltensweisen (Autofahren, Heizen, Atmen, vgl. auch *Satzger/v. Maltitz*, a. a. O., S. 16) vermieden. Für einen akzessorischen Tatbestand auch

der Inhaber eines Betriebs gegen einen solchen Tatbestand, indem er ohne eine erforderliche Genehmigung Treibhausgase emittiert,<sup>530</sup> stellt sich die Frage, ob dies nach § 34 StGB oder § 16 OWiG gerechtfertigt ist, wenn die Tat z. B. das wirtschaftliche Fortkommen des Unternehmens sichern und Arbeitsplätze erhalten soll.<sup>531</sup> Dazu müsste die Notstandshandlung mit einem möglichen Vorrang des Genehmigungsverfahrens vereinbar sein.

Mit Blick auf die Je-desto-Formel unterscheidet sich diese Konstellation nicht von den besprochenen Fällen zu „Ökonomie vs. Ökologie“ (oben III.3.a)aa), S. 396 ff.). Auf der Basis des Klimabeschlusses des BVerfG<sup>532</sup> lässt sich aber zeigen, dass ein der Reduktion von Treibhausgasemissionen dienendes Genehmigungsverfahren auch als grundrechtsschützendes Verteilungsverfahren einzuordnen wäre. Anders als bei von vornherein nur begrenzt verfügbaren natürlichen Rohstoffen ist die *Knappheit* im Fall von Treibhausgasemissionen, die theoretisch weitgehend unbegrenzt ausgestoßen werden können (freilich mit fatalen Folgen), *normativ* begründet.<sup>533</sup> Man hat es mit einer künstlichen Verknappung zu tun.<sup>534</sup> Wie gesehen kommt den Pariser Klimazielen der Begrenzung der Erderwärmung auf 2 °C, möglichst aber 1,5 °C im Vergleich zur vorindustriellen Zeit über § 1 Abs. 3 KSG und Art. 20a GG Verfassungsrang zu.<sup>535</sup> Das Ausmaß der Erderwärmung hängt bekanntlich von der Menge der ausgestoßenen Treibhausgase ab. Folglich lässt sich die zur Einhaltung der Klimaziele verfügbare Emissionsmenge quantifizieren und in nationale CO<sub>2</sub>-Restbudgets umrechnen.<sup>536</sup> Da sich dieses Restbudget mit jedem nicht kompensierten Ausstoß von CO<sub>2</sub> irreversibel verkleinert, benachteiligt jede einzelne Emission unmittelbar

---

*Frisch*, GA 2015, 427 (436–441); *Krell*, GA 2023, 81 (84 ff.). Für ein Strafrecht der Klimaneutralität im Anschluss an die Transitionsphase (zur Unterscheidung *Satzger/v. Maltitz*, GA 2023, 63 (64 f.)) dürften die folgenden Überlegungen sinngemäß gelten.

<sup>530</sup> Im Treibhausemissionshandel benötigt der Anlagenbetreiber zum legalen Ausstoß von Treibhausgasen nicht nur eine Genehmigung nach § 4 TEHG, sondern auch eine Berechtigung nach § 7 TEHG. Der Bußgeldtatbestand des § 32 Abs. 3 Nr. 1 TEHG bezieht sich jedoch allein auf die Genehmigung, während auf eine fehlende Berechtigung im Sinne des § 7 TEHG mit einer Zahlungspflicht nach § 30 TEHG reagiert wird.

<sup>531</sup> Zur entsprechenden Argumentation in anderen Fällen bereits oben E.III.3.a)aa), S. 396 ff.

<sup>532</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris.

<sup>533</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 160: Feststellungen zur notwendigen Begrenzung der Erderwärmung können „nicht als naturwissenschaftliche Aussage getroffen werden, weil die Entscheidung, welche Klimaerwärmung hingenommen werden soll und darf, normativer Art ist und eine Wertung verlangt.“ Zur Knappheit natürlicher Ressourcen siehe *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 23 (27 ff., insbesondere 35 ff.); *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 107 ff.

<sup>534</sup> *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 246; vgl. auch *Kloepfer/Reinert*, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, S. 23 (30 ff.).

<sup>535</sup> Siehe oben E.III.3.a)bb), S. 400 ff. und BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 205 ff. und 211 ff.

<sup>536</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 214 ff.

alle anderen an einer Emission Interessierten.<sup>537</sup> Die staatliche Genehmigung der CO<sub>2</sub>-relevanten Grundrechtsausübung (etwa Art. 12 GG)<sup>538</sup> entfaltet folglich eine für Verteilungsverfahren typische negative Drittwirkung gegenüber anderen Interessenten.<sup>539</sup> Dies betrifft im Fall der Treibhausgasemissionen aber nicht nur *gegenwärtige* Konkurrenten, sondern mit dem BVerfG auch die Freiheit *künftiger* Generationen zu CO<sub>2</sub>-relevantem Verhalten (jedenfalls Art. 2 Abs. 1 GG), weil sich mit jeder *heute* emittierten Menge CO<sub>2</sub> die *künftig* zur Einhaltung der Klimaziele gebotene Treibhausgaseminderungslast vergrößert.<sup>540</sup> Genehmigungen zur Emission von Treibhausgasen verteilen mit der Möglichkeit der Belastung des nationalen CO<sub>2</sub>-Restbudgets mithin ein sowohl gegenwärtig als auch intertemporal knappes und grundrechtsrelevantes Gut.<sup>541</sup> Ein solches Genehmigungsverfahren entfaltet daher aufgrund seiner (auch intertemporal) grundrechtsschützenden Wirkung Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Verstöße eines Betriebsinhabers gegen einen entsprechend dem heutigen § 32 Abs. 4 Nr. 1 TEHG gestalteten Straftatbestand zur Aufrechterhaltung der Produktion oder zum Schutz der Arbeitsplätze können deshalb in aller Regel nicht nach § 34 StGB gerechtfertigt werden.

#### dd) Überschwemmung

Dass es sich beim Überschwemmungs-Fall des AG Zerbst<sup>542</sup> ebenfalls um einen Anwendungsfall des Vorrangs grundrechtsschützender Verteilungsverfahren handelt, zeigt sich vermutlich erst auf den zweiten Blick. Fraglich ist die Rechtfertigung der Herbeiführung einer Überschwemmung (§ 313 StGB). Die Täter öffneten einen Deich, um die Überschwemmung ihres eigenen Dorfes (Dorf 1) zu verhindern, verursachten damit aber die Überschwemmung des Nachbardorfes (Dorf 2). Das (drohende) Hochwasser ist eine Katastrophe im Sinne der jeweiligen LKatSG (z. B. § 1 Abs. 2 LKatSG BW). Die Notstandsrechtfertigung hängt deshalb davon ab, ob die Tat mit einem möglichen Vorrang der Katastrophenbekämpfung durch die Katastrophenschutzbehörden vereinbar ist.<sup>543</sup>

Die Katastrophenschutzbehörden – im Regelfall die unteren Verwaltungsbehörden (z. B. §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 1 S. 1 LKatSG BW) – sind nach den katastrophenschutzrechtlichen

<sup>537</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 186.

<sup>538</sup> *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 243–248.

<sup>539</sup> Dazu allgemein nochmals *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 53 ff.

<sup>540</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 –, BVerfGE 157, 30–177 – juris Rn. 182 ff. und 243 ff.

<sup>541</sup> Vgl. auch *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren, S. 111 ff.; *Satzger/v. Maltitz*, ZStW 133 (2021), 1 (8): Atmosphäre als knappes Gut.

<sup>542</sup> AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris; dargestellt oben B.II.2.d)c), S. 23 f.

<sup>543</sup> Überblick zum Katastrophenrecht bei *Kloepfer*, VerwArch 98 (2007), 163 ff.; landesrechtliche Regelwerke zum Hochwasserschutz-, insbesondere Deichrecht, bleiben der Einfachheit halber außer Betracht.

lichen Generalklauseln (z. B. § 1 Abs. 1 S. 2 LKatSG BW) befugt, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Aufgrund des damit eingeräumten Entscheidungsspielraums entfaltet das Verfahren nach der Je-desto-Formel Vorrang innerhalb des § 34 StGB (sofern der Spielraum nicht durch höherrangiges Recht verengt wird).<sup>544</sup> Wurde das Verfahren noch nicht durchgeführt bzw. abgeschlossen, gilt daher ein Verfahrensvorbehalt mit der Möglichkeit vorläufiger Maßnahmen. Als solche vorläufige Maßnahme lässt sich die (endgültige) Öffnung des Deichs nicht mehr einordnen. Deshalb führt schon die Je-desto-Formel dazu, dass die Täter nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB handelten. Vielmehr wäre die Entscheidung der zuständigen Behörden über die „richtige“ Art und Weise der Katastrophenbekämpfung abzuwarten gewesen.<sup>545</sup>

Interessant ist der Fall auch aus grundrechtlicher Sicht. Wenn sich die Hochwasserkatastrophe derart zuspitzt, dass mit Sicherheit entweder das eine oder das andere Dorf überschwemmt wird, muss über die Auflösung des Dilemmas, d. h. über die Verteilung des Unglücks bzw. der Rettungschancen entschieden werden. Weil nicht alle Betroffenen gleichermaßen gerettet werden können und der Verfassung zwar womöglich einzelne Kriterien zur Auflösung des Problems, aber keine hinreichend eindeutige Entscheidung über die Lösung im konkreten Fall entnommen werden kann,<sup>546</sup> kommt dem staatlichen Verfahren zur Herstellung von „Katastrophengerechtigkeit“ durch angemessene Priorisierung für die Grundrechte der Betroffenen eine hohe Bedeutung zu.<sup>547</sup> Das Verfahren nach LKatSG dient daher der Erzielung bestmöglichen Grundrechtsschutzes und ist gegenüber einer privaten Katastrophenbekämpfung vorrangig.<sup>548</sup> Weil eine staatliche Entscheidung darüber, wie der Konflikt aufzulösen ist, im konkreten Fall fehlte, hätte das Verfahren erst eingeleitet wer-

<sup>544</sup> Dies lässt sich zusätzlich mit der (in den meisten Bundesländern) konstitutiven Wirkung der förmlichen Ausrufung oder Feststellung des Katastrophenfalls durch die Behörde begründen, die rechtliche und tatsächliche Unsicherheiten überwindet; dazu allgemein Köck, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht III, § 71 Rn. 16; zu Besonderheiten in Bundesländern ohne das Erfordernis einer förmlichen Ausrufung oder Feststellung siehe Grzeszick, VerwArch 114 (2023), 139 ff.

<sup>545</sup> Vgl. auch AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 93.

<sup>546</sup> Kloepfer, Handbuch des Katastrophenrechts, § 6 Rn. 60; zum Spielraum der Verwaltung im Katastrophenfall auch ders., VerwArch 98 (2007), 163 (176).

<sup>547</sup> Vgl. Kloepfer, Handbuch des Katastrophenrechts, § 6 Rn. 60.

<sup>548</sup> Man kann hier eine Parallele zu anderen dilemmatischen Fällen, etwa der Triage, ziehen (Kloepfer, Handbuch des Katastrophenrechts, § 6 Rn. 60). Auch bei der Triage ist die angemessene Verteilung von Rettungschancen fraglich. Ein Patient oder ein Dritter, der sich gegen eine (nach welchen Grundsätzen auch immer) gerechtfertigte Priorisierungsentscheidung des Arztes wehrt oder eine solche nicht abwartet, sondern nach eigenem Gutdünken über die Auflösung des Dilemmas entscheidet, handelt nach den hier entwickelten Grundsätzen rechtswidrig. Freilich unterscheidet sich die Triage vom vorliegenden Fall u. a. dadurch, dass der über die Priorisierung der Patienten entscheidende Arzt sich durch die Entscheidung nicht wie die Dorfbewohner selbst retten will (zur zweifelhaften Verallgemeinerbarkeit der Triage auch Huster, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, S. 83 ff.). Die Diskussion um die Triage wird hier nicht weiter vertieft; dazu nur die Beiträge in Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021; weiterhin Coca-Vila, GA 2021, 446 ff.; zur Frage der grundrechtlichen Drittwirkung auch Lindner, MedR 2020, 723 ff.

den müssen.<sup>549</sup> Vorläufige Maßnahmen scheiden aus, da jede Maßnahme vollendete Tatsachen – Überschwemmung eines der beiden Dörfer – schaffen würde. Damit ist eine Rechtfertigung nach § 34 StGB auch zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen in Dorf 2 ausgeschlossen.

Die Herbeiführung der Überschwemmung war somit, hierin ist dem AG Zerbst zuzustimmen, nicht gerechtfertigt.<sup>550</sup> Zu entscheiden, wie der Hochwassergefahr begegnet wird, obliegt sowohl aus demokratischer als auch aus grundrechtlicher Sicht der Katastrophenschutzbehörde und nicht einzelnen Privaten. Diese werden, wenn sie selbst von der Gefahr betroffen sind, nie eine angemessene Verteilungsentscheidung treffen,<sup>551</sup> sondern eine Rechtfertigung liefe auf einen Wettlauf der Betroffenen hinaus.<sup>552</sup> Das im Katastrophenrecht geltende Subsidiaritätsprinzip und der Vorrang des Selbstschutzes (vgl. § 5 Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz (ZSKG)) findet also seine Grenze in den Kompetenzen der Behörden und den Rechten anderer.<sup>553</sup> Auch wenn das AG Zerbst zum gleichen Ergebnis kommt, ist seine Begründung abzulehnen. Das Gericht argumentiert mit einem das Erhaltungsinteresse überwiegenden Interesse an der Einhaltung der staatlichen Katastrophenregularien, weil andernfalls Krisensituationen unkontrollierbar wären.<sup>554</sup> Allerdings ergab die vorliegende Untersuchung, dass das Problem vorrangiger staatlicher Verfahren keine Frage der Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB ist.<sup>555</sup> Leib, Leben und Eigentum der Dorfbewohner können nicht gegen ein allgemeines Interesse an der Einhaltung staatlicher Verfahren abgewogen werden. Der Hinweis, dass Krisenfälle nur durch die Einhaltung staatlicher Verfahren kontrollierbar seien, bezieht sich zudem allein auf die Effektivität der Gefahrenabwehr. Solche Effektivitätsüberlegungen werden im Zusammenhang mit § 34 StGB aber problematisch, sobald *ein Privater* effektiver handeln kann als das staatliche Verfahren, insbesondere – wie etwa im Rauschgiftkriminalitäts-Fall (oben a)aa) – weil er zu Mitteln greifen kann, die dem Staat rechtlich verwehrt sind. Dann würde die Entscheidung gegen eine Gefahrenabwehr

<sup>549</sup> Überlegungen im Zusammenhang mit der Triage dazu, dass die Kriterien zur Priorisierung wegen ihrer Grundrechtswesentlichkeit vom Gesetzgeber festgelegt werden müssen (zur Diskussion S. Augsberg, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, S. 3 ff.; mit Blick auf die Benachteiligung Behinderter BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20 –, juris), ändern hieran nichts. Erstens ist fraglich, ob der Gesetzgeber für naturgemäß unübersichtliche Katastrophenfälle hinreichend konkrete Kriterien aufstellen könnte, aus denen sich eine eindeutige, das Handeln der Katastrophenschutzbehörde determinierende Entscheidung ergeben würde. Insbesondere eine Anknüpfung an die Rettungswahrscheinlichkeit wäre mit großer Unsicherheit behaftet. Zweitens zeigt diese Überlegung nur, dass es jedenfalls nicht dem einzelnen Notstandstäter zusteht, über die Auflösung des Dilemmas zu entscheiden.

<sup>550</sup> AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 92 f.

<sup>551</sup> Allgemein auch Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 160 ff. (insbesondere Unparteilichkeitsmangel).

<sup>552</sup> M. Krüger, NJ 2004, 182 (183).

<sup>553</sup> Zum Subsidiaritätsgrundsatz im Katastrophenrecht allgemein Kloepfer, Handbuch des Katastrophenrechts, § 6 Rn. 36 ff.

<sup>554</sup> AG Zerbst, Urt. v. 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02 –, juris Rn. 93.

<sup>555</sup> Dazu oben C.IV.2.c)dd), S. 197 f.

um jeden Preis unterlaufen. Demgegenüber dient der Vorrang staatlicher Katastrophenbekämpfung im hier entwickelten Ansatz dem Schutz demokratisch legitimierter Entscheidungsbefugnisse und der Grundrechte Dritter.

#### ee) Hausbesetzer und Bergsteiger

Die Fälle zur Wohnungs- und Bergnot<sup>556</sup> schließlich weisen über das Verteilungsproblem hinaus. Bei der Notstandsrechtfertigung von Hausbesetzungen ist danach zu differenzieren, ob mit der Handlung lediglich gegen eine aus Sicht der Täter unzulängliche Wohnungspolitik protestiert oder aber die eigene oder fremde Obdachlosigkeit behoben werden soll. In der ersten Variante<sup>557</sup> bestehen keine wesentlichen Unterschiede zum zivilen Ungehorsam. Eine Notstandsrechtfertigung politisch motivierter Hausbesetzungen ist unvereinbar mit dem Vorrang des demokratischen Verfahrens.<sup>558</sup>

Bei Fällen, in denen die Täter in fremde Wohnungen eindringen, um ihre eigene Obdachlosigkeit (oder die Obdachlosigkeit Dritter) zu beenden,<sup>559</sup> ist anstelle des demokratischen Verfahrens an einen Vorrang des gefahrenabwehr- und/oder sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens zu denken.<sup>560</sup> Ersteres entfaltet nach der Je-desto-Formel wegen des den Polizeibehörden zukommenden Ermessens zwar allgemein Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Allerdings reduziert sich dieses Ermessen auf Null, wenn Rechtsgüter wie das Leben oder die körperliche Unversehrtheit akut gefährdet sind.<sup>561</sup> Bei unfreiwilliger Obdachlosigkeit und der Gefährdung von Leib und Leben besteht daher ein Anspruch auf notdürftige Unterbringung gegenüber den Polizeibehörden.<sup>562</sup> Diesen sind jedoch meist mehrere privaten Unterkünfte bekannt, in welche die Obdachlosen eingewiesen werden könnten.<sup>563</sup> Trotz des Einweisungsanspruchs kommt den Behörden hinsichtlich der (Nicht)Störerauswahl Ermessen

<sup>556</sup> Dargestellt oben B.II.2.d), S. 21 ff.

<sup>557</sup> AG Wiesbaden, NJW 1991, 188.

<sup>558</sup> Zu den Argumenten oben E.III.3.a)aa), S. 400 ff.; der Sache nach ebenso AG Wiesbaden, NJW 1991, 188 (188 f.); OLG Düsseldorf, NJW 1982, 2678 (2680); vgl. auch BGH, Urt. v. 29.10.1974 – VI ZR 182/73 –, BGHZ 63, 124–132 –, juris Rn. 10; *Artkämper*, Hausbesitzer, Hausbesetzer, Hausfriedensbruch, S. 224 ff.; *Degenhart*, JuS 1982, 330 (331); NK/*Eschelbach*, § 123 Rn. 42; MüKoStGB/*Feilcke*, § 123 Rn. 59; *Lackner/Kühl/Heger*, § 123 Rn. 6; LK/*M. Krüger*, § 123 Rn. 24; *Ostendorf*, JuS 1981, 640 (641); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, § 123 Rn. 33; *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT I, Rn. 576; siehe weiterhin auch *Scholz*, NJW 1983, 705 (706).

<sup>559</sup> Dies stand im Vordergrund bei KG, Beschl. v. 21.01.2015 – (5) 121 Ss 228/14 (11/14) –, juris.

<sup>560</sup> Zu deren Verhältnis VGH Kassel, Urt. v. 07.03.2011 – 8 B 217/11 –, juris Rn. 28. Weil das Verfahren nach Sozialrecht nicht zur Einweisung in private Wohnungen führen kann, sondern lediglich Geldleistungen erbringt (*Ruder*, NVwZ 2012, 1283 (1289)), wird dieses vorliegend zurückgestellt. Zur Wohnungsnot und § 34 StGB auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (70).

<sup>561</sup> Allgemein *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 332 f.

<sup>562</sup> Zu den (engen) Voraussetzungen etwa VG Würzburg, Beschl. v. 29.04.2020 – W 5 E 20.592 –, juris; allgemein auch *Ruder*, NVwZ 2012, 1283 (1287).

<sup>563</sup> Zur Obdachloseneinweisung im Polizeirecht *Schoch/Kießling*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 441 ff., 449 ff., 456 ff., 466 ff. und 481 f.

zu.<sup>564</sup> Deshalb entfaltet das gefahrenabwehrrechtliche Verfahren Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Nach der Je-desto-Formel hat dies zur Folge, dass das Verfahren zunächst eingeleitet werden muss (Verfahrensvorbehalt). Aufgrund der Reduzierung des Entschließungsermessens und des Einweisungsanspruchs des Betroffenen könnte dieser aber eine Durchführung des Verfahrens erzwingen,<sup>565</sup> weshalb § 34 StGB vorläufige Maßnahmen erlaubt. Eine vorläufige Unterbringung, um irreversible Schäden zu verhindern, wäre aus Sicht der Je-desto-Formel daher gerechtfertigt.

Allerdings kommt dem gefahrenabwehrrechtlichen Verfahren möglicherweise auch aufgrund seiner Bedeutung für die Grundrechte Vorrang zu. Die entsprechenden Verfahrensregeln dienen auch dem prozeduralen Schutz der Grundrechte des Wohnungsinhabers und – und darauf kommt es hier an – möglicher „Mitbewerber“ um die konkrete Unterkunft. Weil die Gefahrenabwehrbehörden nicht jeden Obdachlosen in eine Wohnung einweisen können, handelt es sich um ein Verfahren zur Verteilung eines knappen Guts. Das sieht wohl auch das AG Wiesbaden so, wenn es argumentiert, der Täter dürfe sich nicht „an der Warteschlange der Wohnungssuchenden vorbeidrängen.“<sup>566</sup> Folgt man dem, entfaltet das polizeirechtliche Verfahren aufgrund seiner grundrechtsschützenden Wirkung Vorrang gegenüber einer eigenmächtigen Wohnungseinweisung. In besonderen Fällen sind aber vorläufige Maßnahmen nach § 34 StGB erlaubt. Bevor der Obdachlose z. B. wegen Unterkühlung stirbt oder schwer erkrankt, darf er sich selbst helfen und handelt dabei gerechtfertigt nach § 34 StGB. Dies entspricht im Ergebnis der – sprachlich missglückten – Differenzierung zwischen „echter“ und „einfacher“ Obdachlosigkeit in der Literatur.<sup>567</sup>

Auch die Lösung des Bergsteiger-Falls<sup>568</sup> lässt sich als Anwendung der hier entwickelten Maßstäbe rekonstruieren. Wenn nicht im Einzelfall mehrere Rettungsmöglichkeiten bestehen, reduziert sich nicht nur das Entschließungsermessen der Gefahrenabwehrbehörden auf Null, sondern sie haben auch kein Auswahlermessen, sodass ein Anspruch des Bergsteigers auf Einweisung in die konkrete Hütte besteht. Das gefahrenabwehrrechtliche Verfahren entfaltet als bloße Durchsetzung dieses Anspruchs daher keinen Vorrang.<sup>569</sup> Dasselbe gilt aus Sicht des prozeduralen Grundrechtsschutzes, zumal die Zahl der Konkurrenten um die konkret verfügbare Hütte überschaubar sein dürfte. Daher handelt der Bergsteiger gerechtfertigt, wenn er zum Schutz von Leib und Leben bei einem plötzlich hereinbrechenden Unwetter in einer fremden Hütte Zuflucht sucht.<sup>570</sup>

<sup>564</sup> Zum Auswahlermessen beim Nichtstörer, insbesondere im Fall der Obdachloseneinweisung, Schoch/Kießling, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 479.

<sup>565</sup> Zur gerichtlichen Durchsetzung des Einweisungsanspruchs Ruder, NVwZ 2012, 1283 (1287).

<sup>566</sup> AG Wiesbaden, NJW 1991, 188.

<sup>567</sup> Vgl. Artkämper, Hausbesitzer, Hausbesetzer, Hausfriedensbruch, S. 227 f.; MüKoStGB/Feilcke, § 123 Rn. 59; Schall, NStZ 1983, 241 (247); Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 123 Rn. 33; zum Sprachgebrauch oben B. Fn. 107.

<sup>568</sup> Dargestellt oben B.II.2.d)b), S. 23.

<sup>569</sup> Vgl. auch Bock, ZStW 131 (2019), 555 (574).

<sup>570</sup> Ebenso die einhellige Meinung in der Literatur, siehe MüKoStGB/Feilcke, § 123 Rn. 59; Greco,

*ff) Zwischenbemerkung*

Mit der Kategorie grundrechtsschützender Verteilungsverfahren lassen sich also insgesamt angemessene Lösungen finden. Zwar führt nicht selten bereits die Je-desto-Formel zu denselben Ergebnissen, doch zeigt die Kategorie des Verteilungsverfahrens die sozusagen wettbewerbsähnliche Situation<sup>571</sup> und die grundrechtliche Dimension der Fälle auf. Das durch die private Notstandstat beeinträchtigte Eingriffsgut und die durch die staatliche Notstandsrechtfertigung betroffenen Grundrechte müssen sich nicht decken. Auch wenn der Notstandstäter unmittelbar nur ein konkretes Rechtsgut beeinträchtigt, kann die Rechtfertigung die Grundrechte mehrerer Konkurrenten verletzen.

*d) Sonderfall Schwangerschaftsabbruch**aa) Einleitung und Weichenstellung*

Eine im Vergleich zu den vorstehend beschrieben Beispielen besondere Konstellation stellen schließlich die Fälle zum Verhältnis zwischen rechtfertigendem Notstand und dem Verfahren im Vorfeld eines Schwangerschaftsabbruchs dar.<sup>572</sup> Indem sich die folgenden Überlegungen nicht unmittelbar auf die §§ 218 ff. StGB als Ergebnis des demokratischen Verfahrens, sondern auf das (u. a.) durch die §§ 218 ff. StGB geregelte Verfahren im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs beziehen, steht § 34 StGB zwar ein rechtlich geregeltes Verfahren gegenüber; dieses wird jedoch nicht unmittelbar *staatlich* durchgeführt und bezweckt auch nicht zielgerichtet die Herstellung oder Durchsetzung einer *staatlichen* Entscheidung. Es geht also nicht in derselben Weise um das Verhältnis zwischen Staat und Bürger wie in den anderen Fällen, sondern um einen Konflikt zwischen der Schwangeren und dem ungeborenen Kind oder einem Dritten. Dass die folgenden Überlegungen nicht direkt das Verhältnis zwischen § 34 StGB und den §§ 218 ff. StGB betreffen, liegt daran, dass sich das Verfahren im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs auf der konkreteren Stufe bewegt und dem Notstandskonflikt daher näher kommt als das demokratische Verfahren. Trotz dieser Besonderheit bieten die hier entwickelten Kriterien auch in den Fällen zum Schwangerschaftsabbruch Orientierung.

*bb) Notstandsrechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs*

Während ein Fall zum Schwangerschaftsabbruch das Reichsgericht zur Anerkennung des Notstands als Rechtfertigungsgrund veranlasste,<sup>573</sup> schreiben heute die

ZStW 134 (2022), 1 (79); Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 225 f.; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 61; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, § 123 Rn. 33; LK/Zieschang, § 34 Rn. 70; vgl. auch Bergelson, Criminal Law and Philosophy 6 (2012), 289 (292).

<sup>571</sup> Vgl. nochmals MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 251.

<sup>572</sup> Dargestellt oben B.III.4.b)aa), S. 77 ff.

<sup>573</sup> RGSt 61, 242 (254 ff.).

§§ 218 ff. StGB ein besonderes Verfahren im Vorfeld des Abbruchs vor, dessen Verhältnis zu § 34 StGB problematisch ist.<sup>574</sup> Fraglich ist, ob ein Schwangerschaftsabbruch, der entweder die Voraussetzungen für eine Tatbestandsfreistellung nach § 218a Abs. 1 StGB oder diejenigen für eine Rechtfertigung nach § 218a Abs. 2 oder 3 StGB nicht erfüllt, nach § 34 StGB gerechtfertigt werden kann. Dazu müsste die Handlung insbesondere mit dem Vorrang „staatlicher“ Verfahren vereinbar sein. Als vorrangiges Verfahren kommt das Verfahren im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs in Betracht. Das umfasst, abhängig davon, ob § 218a Abs. 1 oder Abs. 2 oder Abs. 3 im Raum steht, z. B. die Beratung nach § 219 StGB, das Erfordernis, dass der Abbruch durch einen Arzt durchgeführt wird, und das Einhalten einer bestimmten Frist. Orientierung für § 34 StGB bietet der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren. Das von § 218a Abs. 1 StGB geforderte Beratungsverfahren nach § 219 StGB und die 12-Wochen-Frist nach § 218a Abs. 1 Nr. 3 StGB dienen dem Schutz des ungeborenen Lebens.<sup>575</sup> Das Arzterfordernis bezweckt zwar primär den Schutz der Schwangeren selbst vor gesundheitlichen Risiken.<sup>576</sup> Allerdings lässt sich eine Schutzwirkung *auch* zugunsten des Kindes<sup>577</sup> beispielsweise § 218c Abs. 1 Nr. 3 StGB entnehmen, wonach der den Abbruch durchführende Arzt sich von der Dauer der Schwangerschaft überzeugen muss. Das Arzterfordernis dient ähnlich einem Richtervorbehalt zumindest auch der vorbeugenden Kontrolle des Vorliegens der Eingriffsvoraussetzungen.<sup>578</sup> Folgt man dem, bezweckt jede der erwähnten Verfahrensregeln im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs den prozeduralen Grundrechtsschutz zugunsten des ungeborenen Lebens.<sup>579</sup> Deshalb entfaltet das Verfahren im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs Vorrang gegenüber § 34 StGB. Wenn der Staat einerseits zur Schaffung der erwähnten Verfahrensvorgaben verpflichtet ist, um das ungeborene Leben zu schützen, darf er nicht zugleich deren Umgehung rechtfertigen. Ein Schwangerschaftsabbruch, der grundrechtsschützende Verfahrensregeln verletzt, kann daher nicht wegen Notstands gerechtfertigt werden.<sup>580</sup>

Nach allgemeinen Regeln des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren ist aber an Ausnahmen wegen Gefahr im Verzug zu denken, z. B. bei akuten Gefahren

<sup>574</sup> Hinweis auch bei MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 24.

<sup>575</sup> BVerfGE 88, 203 (264 ff.) zur Beratung; siehe auch § 219 Abs. 1 S. 1 StGB.

<sup>576</sup> BVerfGE 88, 203 (314); Schönke/Schröder/*Eser/Weißer*, § 218a Rn. 58; MüKoStGB/*Gropp/Wörner*, § 218a Rn. 22; *Satzger*, JuS 1997, 800 (801); kritisch zum lege-artis-Erfordernis NK/*Merkel*, § 218a Rn. 9–13; Lackner/Kühl/*Heger*, § 218a Rn. 2a.

<sup>577</sup> Dafür auch *Hillenkamp*, FS Herzberg, S. 483 (484).

<sup>578</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203 (289 ff.); Schönke/Schröder/*Eser/Weißer*, Vor §§ 218–219b Rn. 19 und 22; MüKoStGB/*Gropp/Wörner*, § 218a Rn. 22.

<sup>579</sup> Die Frage, ob das ungeborene Leben bereits Grundrechtsträger sein kann, wird hier ausgespart (dazu NK/*Merkel*, § 218 Rn. 8 und aus grundrechtlicher Sicht *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 24 ff., jeweils m. w. N.). Vorliegend geht es nur um eine Einordnung in die hier entwickelten Kriterien.

<sup>580</sup> Ebenso MüKoStGB/*Erb*, § 34 Rn. 24; NK/*Neumann*, § 34 Rn. 123; Schönke/Schröder/*Perron*, § 34 Rn. 6; LK/*Zieschang*, § 34 Rn. 12; vgl. auch *Coca-Vila*, Criminal Law and Philosophy 18 (2024), 61 (81).

für das Leben der Schwangeren.<sup>581</sup> Das entspricht der Situation des § 218a Abs. 2 StGB, und dieser verlangt keine Frist oder Beratung, sodass *insoweit* für § 34 StGB gar kein Bedarf mehr besteht. Über eine Nichterfüllung des Arzterfordernis hilft § 218a Abs. 2 StGB jedoch nicht hinweg. Hier kommt wieder § 34 StGB in Betracht. Von der Ausnahme zum Vorrang grundrechtsschützender Verfahren wegen Gefahr im Verzug ist in dem Zusammenhang z. B. ein Abbruch durch einen Nicht-Arzt erfasst, der eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für das Leben der Schwangeren abwenden soll, sofern ein Arzt nicht rechtzeitig zu erreichen ist. Das entspricht der h. M. in der Literatur zum Verhältnis zwischen § 34 StGB und den §§ 218 ff. StGB.<sup>582</sup> Der Unterschied zur h. M. liegt nicht im Ergebnis, sondern in der Begründung: Mit dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren betrachtet man das Problem nicht als eines der Gesetzeskonkurrenz oder gesetzgeberischer Vorwegentscheidungen, sondern als *grundrechtliche Frage*.<sup>583</sup> Das kommt den verfassungsrechtlichen Hintergründen des Problems näher als das Vorgehen der h. M.

### cc) Verhinderung eines Schwangerschaftsabbruchs durch Dritte

Für Fälle, in denen ein Dritter, beispielsweise der Vater des ungeborenen Kindes, einen geplanten Schwangerschaftsabbruch gewaltsam verhindert,<sup>584</sup> bietet die sinn-gemäße Anwendung der Je-desto-Formel eine angemessene Lösung an. Eine Rechtfertigung solcher Taten könnte an ihrer Unvereinbarkeit mit einem möglichen Vorrang des Verfahrens im Vorfeld des Schwangerschaftsabbruchs scheitern. Hier wird relevant, dass es sich beim erwähnten Verfahren nicht um ein staatliches Verfahren wie in den anderen Beispielen handelt. Trotzdem lassen sich manche Überlegungen übertragen.

Das BVerfG betont zwar, dass es das Ziel der Beratung im Vorfeld eines Schwangerschaftsabbruchs sei, die Schwangere „für das Austragen des Kindes zu gewinnen“,<sup>585</sup> die Beratung also eine „Zielorientierung auf den Schutz des ungeborenen Lebens hin“<sup>586</sup> haben müsse. Trotzdem komme der Schwangeren die Letztverantwortung über den Abbruch zu,<sup>587</sup> und das Beratungsverfahren sei ergebnisoffen zu führen<sup>588</sup> (siehe auch § 5 Abs. 1 S. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG)).<sup>589</sup> In

<sup>581</sup> Weitergehend RGSt 36, 334 (339 f.); RGSt 61, 242 (255); MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 98; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 20.

<sup>582</sup> Vgl. MüKoStGB/Erb, § 34 Rn. 24; Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218 Rn. 37; Lackner/Kühl/Heger, § 218a Rn. 2; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 293; NK/Neumann, § 34 Rn. 123; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 6; Roxin/Greco, AT I, § 16 Rn. 8; Thiel, Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, S. 192; LK/Zieschang, § 34 Rn. 12.

<sup>583</sup> Dazu auch Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 308.

<sup>584</sup> Verschiedene Konstellationen erörtert Satzger, JuS 1997, 800 ff.

<sup>585</sup> BVerfGE 88, 203 (264, 270 und 282 ff.).

<sup>586</sup> BVerfGE 88, 203 (282).

<sup>587</sup> BVerfGE 88, 203 (268 und 270).

<sup>588</sup> BVerfGE 88, 203 (282 ff.).

<sup>589</sup> Hinweis auf die Inkonsistenz bei Hassemer, FS Mahrenholz, S. 731 (733).

den Kriterien der Je-desto-Formel stellt sich das Verfahren im Vorfeld des Abbruchs also als *Entscheidungsverfahren* dar, wenngleich nicht eine staatliche Stelle, sondern die Schwangere selbst entscheidet.<sup>590</sup> Folglich entfaltet das Verfahren Vorrang innerhalb des § 34 StGB, wenn eine Notstandsrechtfertigung Dritter im Raum steht. Auch wenn es sich um eine *private* Entscheidung der Schwangeren handelt, stehen hinter diesem Vorrang die Wertungen der Je-desto-Formel: Der *demokratisch legitimierte* Gesetzgeber entschied sich dafür, dass in den ersten 12 Wochen der Wille der Schwangeren maßgeblich sein soll, und Dritte müssen dies respektieren.<sup>591</sup> Wurde das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt und entscheidet sich die Schwangere unter Einhaltung der Vorgaben des § 218a Abs. 1 StGB für eine Abtreibung, gilt der Entscheidungsvorrang. Dass der Schwangerschaftsabbruch nach den Vorgaben des BVerfG trotzdem rechtswidrig sein soll,<sup>592</sup> macht dabei keinen Unterschied. Auch wenn man das Verfahrensergebnis als rechtswidrig einordnet und den Fall anhand der Grundsätze fehlerhafter Verfahren löst, bleibt es beim Vorrang der Entscheidung der Schwangeren. § 218a Abs. 1 StGB ist nämlich eine (staatliche) Entscheidung zu entnehmen, dass die laut BVerfG rechtswidrige Entscheidung der Schwangeren sowohl vom ungeborenen Kind als auch von Dritten zu dulden ist. Aus Sicht der Je-desto-Formel – nicht qualitativ! – liegt der Fall ähnlich wie die Beispiele, in denen sich Dritte mangels Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO außerhalb des rechtfertigenden Notstands nicht gegen ein rechtswidriges staatliches (Feldbefreier-Fall II, siehe oben III.3.c), S. 414 ff.) und/oder privates (Tierschützer-Fall I, siehe oben IV.3.a)bb), S. 436 ff.) Verhalten wehren konnten. Mit der demnach vorrangigen Entscheidung der Schwangeren ist eine gewaltsame Verhinderung des nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslosen Schwangerschaftsabbruchs durch Dritte unvereinbar. Sie ist daher nicht angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB. Abermals entspricht dies im Ergebnis der h.M. in der Literatur und auch der Ansicht des Gesetzgebers.<sup>593</sup> Allerdings schützt die hier vorgestellte Lösung nicht unmittelbar die *gesetzgeberische*, sondern primär die *individuelle* Entscheidung der Schwangeren.<sup>594</sup>

Wie aber ist die Rechtslage, wenn die Schwangere die Vorgaben des § 218a Abs. 1 StGB *nicht* einhält (und auch nicht nach § 218a Abs. 2 und 3 StGB gerechtfertigt ist)?

<sup>590</sup> Siehe auch Hassemer, FS Mahrenholz, S. 731 (738 und passim) zur prozeduralen Rechtfertigung beim Schwangerschaftsabbruch; dazu auch Stratenwerth, FS Hassemer, S. 639 (644 f.).

<sup>591</sup> Vgl. auch Satzger, JuS 1997, 800 (804).

<sup>592</sup> BVerfGE 88, 203 (255 und 273 ff.).

<sup>593</sup> BT-Drucksache 13/1850, S. 25; im Ergebnis gleich Hillenkamp, FS Herzberg, S. 483 (501 f.); Lesch, Notwehrrecht und Beratungsschutz, S. 44; Mitsch, JR 2006, 450 (452); Kühl, AT, § 8 Rn. 178; Schönke/Schröder/Perron, § 34 Rn. 41; LK/Rönnau/Hohn, § 32 Rn. 138 mit Fn. 473; Satzger, JuS 1997, 800 (804). Zu § 32 StGB auch BVerfGE 88, 203 (279); MüKoStGB/Erb, § 32 Rn. 86; Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218a Rn. 14; Fischer, § 218a Rn. 4; MüKoStGB/Gropp/Wörner, § 218a Rn. 12; Hillenkamp, FS Herzberg, S. 483 (500 f.); NK/Kindhäuser, § 32 Rn. 43; Kühl, AT, § 7 Rn. 265; NK/Merkel, § 218a Rn. 65; Mitsch, JR 2006, 450 (452); Rengier, AT, § 18 Rn. 100; ders., BT II, § 11 Rn. 25; Roxin/Greco, AT I, § 15 Rn. 33 mit Fn. 126; Schönke/Schröder/Perron/Eisele, § 32 Rn. 19/20.

<sup>594</sup> Die §§ 218 ff. StGB schützen auch die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren, siehe Schönke/Schröder/Eser/Weißer, Vor §§ 218–219b Rn. 12; MüKoStGB/Gropp/Wörner, Vor §§ 218 ff. Rn. 41.

Dann liegt in den Worten der Je-desto-Formel unabhängig von den Vorgaben des BVerfG ein fehlerhaftes Verfahren vor. Wenngleich dann der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich strafbar ist,<sup>595</sup> die Rechtsordnung als solche das fehlerhafte Verfahren also nicht toleriert, ist es abermals nicht Sache eines Dritten, diesen Umstand geltend zu machen. Ihm wäre mangels Verletzteneigenschaft z. B. auch die Einleitung eines Klageerzwingungsverfahrens nach § 172 Abs. 2 StPO nicht möglich.<sup>596</sup> Die Schwangere könnte also einem unbeteiligten Dritten entgegenhalten, dass ihn ihr Verhalten – sei es nun strafbar oder nicht – nichts angeht. So gesehen bliebe es trotz des fehlerhaften Verfahrens beim Entscheidungsvorrang. Kein unbeteiligter Dritter ist freilich das ungeborene Kind. Aus dessen Sicht geht es jedenfalls dann, wenn gegen solche Vorgaben des § 218a Abs. 1 StGB verstoßen wird, die unmittelbar dem Schutz des ungeborenen Lebens dienen, nicht mehr nur um eine objektive Rechtswidrigkeit im Sinne des hier entwickelten Ansatzes. Daher wären in sinnge-mäßer Anwendung der Je-desto-Formel vorläufige Maßnahmen zulässig. Zugunsten des – in der hier verwendeten Terminologie – durch das fehlerhafte Verfahren in seinen Rechten verletzten<sup>597</sup> ungeborenen Kindes als Inhaber des Erhaltungsguts kann ein Dritter also Notstandshilfe üben, indem er die Schwangere oder eine den Abbruch vorzunehmen bereite Person zumindest vorläufig von ihrem Vorhaben ab-hält.<sup>598</sup>

Insgesamt dürfte der Gedanke der rechtswidrigen, innerhalb des § 34 S. 2 StGB u. U. aber gleichwohl vorrangigen Entscheidung der Schwangeren fähig sein, manche Schwierigkeiten des § 218a Abs. 1 StGB abzumildern. Für den Vorrang staatlicher Verfahren beim rechtfertigenden Notstand kommt es nicht unmittelbar auf die Ein-ordnung des § 218a Abs. 1 StGB im Verbrechenaufbau und die Auswirkungen der-selben an. Zudem zeigt sich v. a. in der zweiten Variante, in der der Schwangerschafts-abbruch die Vorgaben des § 218a Abs. 1–3 StGB nicht erfüllt, die Bedeutung der Er-mittlung des konkret vorrangigen Verfahrens: Wären allein das demokratische Verfahren und die §§ 218 ff. StGB als sein Ergebnis vorrangig, führte dies im hier entwickelten Ansatz zur Rechtfertigung aller Handlungen eines Dritten, die mit den Entscheidungen der §§ 218 ff. StGB *gegen* eine Abtreibung übereinstimmen. Da aber die Entscheidung der Schwangeren selbst vorrangig ist und der Vorrang einer Ent-scheidung nicht unmittelbar von deren Rechtmäßigkeit abhängt, kommt es darauf an, wer sich gegen diese Entscheidung zur Wehr setzen kann, d. h. welche Verfah-rensvorgaben auf dem Weg zu dieser Entscheidung dem ungeborenen Leben dienen. Nur solche Verstöße können dann durch § 34 StGB seitens Dritter verhindert wer-

<sup>595</sup> Überblick bei Schönke/Schröder/Eser/Weißer, Vor §§ 218–219b Rn. 25 ff.

<sup>596</sup> Allgemein MüKoStPO/Köbel/Nefzeler, § 172 Rn. 17 ff.

<sup>597</sup> Beachte oben E. Fn. 579. Erneut geht es nur um eine Einordnung in das hier entwickelte Mo-dell.

<sup>598</sup> Ähnlich NK/Merkel, § 218 Rn. 141; Mitsch, JR 2006, 450 (451); LK/Rönau/Hohn, § 32 Rn. 138; Roxin/Greco, AT I, § 15 Rn. 32; vgl. auch Schönke/Schröder/Eser/Weißer, § 218 Rn. 38; Hil-lenkamp, FS Herzberg, S. 483 (498).

den. Wer etwa dem Arzterfordernis nur eine Schutzwirkung zugunsten der Schwangeren zuspricht,<sup>599</sup> käme zum Ergebnis, dass die Verhinderungshandlung Dritter beim geplanten Abbruch durch einen Nicht-Arzt *nicht* nach § 34 StGB gerechtfertigt werden könnte.<sup>600</sup>

#### 4. Ergebnis zum Vorrang grundrechtsschützender Verfahren

Ist ein staatliches Verfahren mit grundrechtsschützenden Vorkehrungen versehen, entfaltet es infolge der mittelbaren Drittwirkung des prozeduralen Grundrechtsschutzes Vorrang gegenüber § 34 StGB. Dieser Vorrang schließt eine Notstandsrechtfertigung aus. Hiervon gilt aber eine Ausnahme bei Gefahr im Verzug. Dadurch verengt sich der zeitliche Rahmen des § 34 StGB. Innerhalb dieser Ausnahme gilt die Je-desto-Formel. Besondere Verbindungen zwischen dieser und dem allgemeinen Vorrang grundrechtsschützender Verfahren ergeben sich bei Verfahren zur Verteilung grundrechtlich relevanter knapper Güter. Insgesamt bewirkt der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren eine Neuausrichtung der Behandlung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren: Nicht um die Existenz des Staates und seines Gewaltmonopols zu erhalten, sondern zum Schutz der Grundrechte des Eingriffsopfers oder anderer Betroffener gilt ein Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB. Damit stehen nicht nur differenziertere Kriterien zur praktischen Rechtsanwendung zur Verfügung, sondern man bewegt sich auch insgesamt näher am Notstandskonflikt und an den tatsächlichen und normativen Problemen eines Falles.

---

<sup>599</sup> Satzger, JuS 1997, 800 (801).

<sup>600</sup> Ebd.

## F. Ergebnisse

### I. Allgemeine Reflexionen

Damit endet die Untersuchung. Rückblickend kulminieren in der Frage nach dem Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren verschiedene allgemeine Probleme in Straf-, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft. Die (tatsächliche oder vermeintliche) Irregularität des rechtfertigenden Notstands bringt in Verbindung mit der (tatsächlichen oder vermeintlichen) Unbestimmtheit des § 34 StGB ein Rechts- und Demokratieproblem in Teilen der Strafrechtswissenschaft ans Licht.<sup>1</sup> Innerhalb des rechtlichen Rahmens wird unversehens mit philosophischen Erwägungen gearbeitet, die jedoch weder ein Mehr an Bestimmtheit aufweisen noch allgemein verbindlich sind. Anstatt § 34 StGB als Ausdruck der freien Selbstbestimmung politisch autonomer Bürger eines demokratischen Staates aufzufassen, die ihre private Autonomie in Notlagen in begrenztem Umfang zugunsten der solidarischen Rettung anderer einschränken, bemüht man sich, den rechtfertigenden Notstand vor *Kant* und einem liberalen Rechtsdenken zu rechtfertigen und hieraus Ansätze zur Auslegung und Anwendung des § 34 StGB zu entwickeln. Dadurch entscheidet eine (erneut: tatsächliche oder vermeintliche) philosophische Autorität oder die politisch-moralische Haltung des Rechtswissenschaftlers oder Rechtsanwenders über die Reichweite der Befugnisse nach § 34 StGB. Das missachtet die Möglichkeit abweichender Ansichten im politisch-moralischen Diskurs und übergeht demokratische Entscheidungsprozesse. Dieses Phänomen auf der strafrechtlichen Seite geht einher mit einer Tendenz zur Verherrlichung des Staates als vor-rechtliche Entität und der Prozedur als solcher auf der staats- und verwaltungsrechtlichen Seite des Problems.<sup>2</sup> Hier wird der Staat und das Verfahren an sich zulasten des demokratisch gesetzten Rechts und der Rechte Einzelner überhöht. Es zeigen sich etatistische und kollektivistische Züge, die in einem demokratischen und den Grundrechten der Bürger verpflichteten Rechtsstaat schwer vertretbar sind. Beide Seiten treffen beim Verhältnis zwischen Notstand und staatlichen Verfahren zusammen, wenn das Problem als Entscheidung zwischen Staat und Anarchie oder als Frage der Grenzen des Rechts angesehen und mithilfe des staatlichen Gewaltmonopols auf der einen und „utilitaristischen“, hegelianisch oder kantisch geprägten oder dem Solidaritätsprinzip oder

---

<sup>1</sup> Oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff. und C.II.3, S. 145 ff.

<sup>2</sup> Oben D.II.4.c)bb)(3), S. 267 ff. und D.III.2.b)bb), S. 316 ff.

anderen Grundsätzen verpflichteten Legitimationstheorien des Notstands auf der anderen Seite zu lösen versucht wird.<sup>3</sup> Dadurch leidet nicht nur die Legitimierbarkeit der Ergebnisse gegenüber den Beteiligten, die mit Recht andere Auffassungen über das Wesen des Staates oder das Verhältnis zu ihren Mitbürgern vertreten können, sondern auch die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der „Rechtsanwendung“. Das erklärt die Verwirrung im Umgang mit dem Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB in Rechtswissenschaft und Praxis.<sup>4</sup>

Die Überwindung dieser Unzulänglichkeiten beginnt mit der Einsicht, dass sich beim Verhältnis zwischen § 34 StGB und staatlichen Verfahren primär Kompetenzfragen stellen. Problematisiert wird das Verhältnis zwischen Staat und Bürger im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Darüber hinaus steht auch das Verhältnis zwischen den Bürgern untereinander und die Beziehungen zwischen verschiedenen staatlichen Stellen und zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Frage. Kompetenzfragen entscheiden sich im demokratischen Rechtsstaat des GG anhand des Demokratieprinzips und der Grundrechte als „negative Kompetenzbestimmungen“<sup>5</sup>. Demokratie wiederum baut auf der Möglichkeit abweichender, aber jeweils gleichberechtigter Ansichten auf. Werterelativismus, Pluralismus und Demokratie auf der einen<sup>6</sup> und bestmöglicher Grundrechtsschutz auf der anderen Seite<sup>7</sup> sind die Leitlinien, mit deren Hilfe das beschriebene Kompetenzgeflecht entwirrt und das Verhältnis zwischen einem staatlichen Verfahren und einer privaten Notstandshandlung bestimmt werden kann.

## II. Der Vorrang staatlicher Verfahren bei § 34 StGB

### 1. Weichenstellungen

Fraglich ist, in welchen Fällen private Handlungen, die die Merkmale eines Straftatbestands erfüllen, gerechtfertigt sind, obwohl ein staatliches Verfahren Regeln und Mechanismen zur Auflösung des in Frage stehenden Konflikts vorhält. Würden staatliche Verfahren bei § 34 StGB nicht beachtet, bestünde für den Einzelnen im Notfall keine Veranlassung, auf solche Verfahren zurückzugreifen, und die private Interessenmaximierung ersetzte die staatlich organisierte Konfliktlösung.<sup>8</sup> Nähme man eine absolute Sperrwirkung staatlicher Verfahren gegenüber dem rechtfertigenden Notstand an, liefe § 34 StGB leer, weil zur Auflösung jedes Konflikts irgendein Verfahren existiert.<sup>9</sup> Weil folglich keine der beiden Seiten des Verhältnisses zwischen

<sup>3</sup> Oben D.II.4.c(cc)(5), S. 287 ff.

<sup>4</sup> Oben B., S. 9 ff.

<sup>5</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 291.

<sup>6</sup> Oben D.II.3, S. 216 ff.

<sup>7</sup> Oben D.III.3, S. 342 ff.

<sup>8</sup> Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

<sup>9</sup> Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 319 f.

§ 34 StGB und staatlichen Verfahren vollständig obsiegen darf, braucht es einen Ausgleich zwischen beiden Momenten. Einen solchen Ausgleich schaffen die in dieser Arbeit entwickelten und im Folgenden zusammengefassten Kriterien.

Beim Vorrang staatlicher Verfahren handelt es sich um ein Merkmal der Angemessenheit der Notstandshandlung nach § 34 S. 2 StGB.<sup>10</sup> Das Verhältnis zwischen privaten Notstandstaten und staatlichen Verfahren entscheidet sich nicht allein anhand der Geeignetheit und Eingriffsintensität von Notstandshandlung und staatlicher Tätigkeit.<sup>11</sup> Staatliche Verfahren können und werden auch dann vorrangig sein und ggf. eine Notstandsrechtfertigung ausschließen, wenn sie die konkrete Notstandsgefahr *nicht* abwenden, also zur Rettung ungeeignet sind. Es geht auch nicht um eine Frage der Interessensabwägung nach § 34 S. 1 StGB, denn ein (wie auch immer geartetes) Interesse an der Einhaltung eines staatlichen Verfahrens kann nicht gegen die individuellen oder kollektiven Erhaltungs- oder Eingriffsinteressen abgewogen werden.<sup>12</sup> Vielmehr handelt es sich um eine dem konkreten Notstandskonflikt übergeordnete Frage der Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Bürger beim rechtfertigenden Notstand.

## 2. Kompetenzverteilung zwischen Staat und Bürger bei § 34 StGB

### a) Allgemeine Überlegungen

Das Verhältnis zwischen staatlichen Verfahren und rechtfertigendem Notstand bestimmt sich anhand der Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger im demokratischen Rechtsstaat. Auf der einen Seite ist allein der Staat befugt, über die Auflösung möglicher oder akuter Interessenskonflikte<sup>13</sup> zu entscheiden. Das folgt aus Werterelativismus, Pluralismus und dem Demokratieprinzip. Ohne staatliche Entscheidungen wären Konflikte nicht allgemeinverbindlich lösbar, sondern man liefe – wenn eine einvernehmliche Lösung ausscheidet – immer Gefahr, dass der eine Bürger dem anderen seine eigene Meinung zur „richtigen“ Konfliktlösung aufzwingt und/oder demokratisch getroffene Entscheidungen der Mehrheit übergeht. Anders als die verbreitete Ansicht, die den rechtfertigenden Notstand bewusst oder unbewusst als Möglichkeit ansieht, um unliebsame staatliche Entscheidungen zu umgehen,<sup>14</sup> gilt ein solcher Vorrang staatlicher Entscheidungen auch innerhalb des § 34 StGB.<sup>15</sup> Auf der anderen Seite verleiht § 34 StGB jedoch eine private Durchsetzungskompetenz. Staatliche Durchsetzungstätigkeit ist im Notstand *nicht* vorrangig.<sup>16</sup> Es ist zwar allein der Staat, der über die Auflösung

<sup>10</sup> Vgl. zur Angemessenheit allgemein BT-Drucksache IV/650, S. 159 f.

<sup>11</sup> Dazu oben B.III.2, S. 55 ff.; C.IV.2.b), S. 174 ff. und E.II, S. 367 f.

<sup>12</sup> Dazu oben C.IV.2.c)cc), S. 190 ff.

<sup>13</sup> Zur Begrifflichkeit v. *der Pfordten*, JZ 2008, 641 (648 ff.).

<sup>14</sup> Oben C.II.2.b)cc), S. 107 ff.

<sup>15</sup> Oben D.II.3.d)cc), S. 248 f.

<sup>16</sup> Oben D.II.4.e)bb), S. 297 f.

eines Interessenskonflikts entscheidet, aber im Zusammenhang mit § 34 StGB dürfen auch Private Handlungen vornehmen, die sich als Durchsetzung einer solchen Entscheidung darstellen. Das folgt aus der Absage an ein normativ verstandenes staatliches Gewaltmonopol und an die Vorstellung von einer vor-rechtlichen, „faktischen“ Existenz des Staates.<sup>17</sup>

Über diese Verteilung von Entscheidungs- und Durchsetzungskompetenz zwischen Staat und Bürger bei § 34 StGB lässt sich im nächsten Schritt der Verfahrensgedanke legen. Verfahren, die eine eigene Entscheidung herstellen, nehmen am Vorrang staatlicher Entscheidungen teil, während Verfahren, die bereits feststehende Entscheidungen durchsetzen, innerhalb des § 34 StGB keinen Vorrang entfalten. Ob eine eigene Entscheidung hergestellt wird, hängt vom Grad der Vorprogrammierung des Verfahrensergebnisses ab: Je offener das Ergebnis des Verfahrens im Vorfeld ist, desto mehr stellt es eine eigene Entscheidung her und desto stärker ist sein Vorrang gegenüber privater Tätigkeit (Je-desto-Formel).<sup>18</sup>

An die Stelle eines mit dem staatlichen Gewaltmonopol begründeten staatlichen Durchsetzungsvorrangs tritt die mittelbare Drittwirkung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren bei § 34 StGB. Der Staat, der zum Schutz der Grundrechte (insbesondere des Eingriffsoffens) Verfahrensregeln erlässt und zur grundrechtskonformen Auslegung und Anwendung derselben verpflichtet ist, darf nicht zugleich das naturgemäß verfahrensfreie Vorgehen Privater nach § 34 StGB rechtfertigen. Daraus resultiert ein Vorrang grundrechtsschützender Verfahren beim rechtfertigenden Notstand.<sup>19</sup> Dieser greift jedoch nur, wenn die individuelle Notstandshandlung auch grundrechtsschützende Verfahrensregeln missachtet. Bloß formale Vorgaben ohne Bezug auf die Grundrechte sind irrelevant.<sup>20</sup>

#### *b) Der Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel*

Der in der Je-desto-Formel verwirklichte Vorrang staatlicher Entscheidungen bindet den rechtfertigenden Notstand an andere demokratisch legitimierte Entscheidungen an und „immunisiert“ staatliche Entscheidungsbefugnisse „gegen die Möglichkeit einer freihändigen Interessenabwägung“<sup>21</sup>. Bei der Prüfung des Vorrangs staatlicher Verfahren als Merkmal der Angemessenheit nach § 34 S. 2 StGB muss zunächst dasjenige Verfahren ermittelt werden, das dem Konflikt zwischen Erhaltungs- und Eingriffsgut sachlich und hierarchisch (im Stufenbau der Rechtsordnung) am nächsten kommt und dessen Verhältnis zur privaten Notstandshandlung daher problematisch ist.<sup>22</sup> Dieses Verfahren ist vorrangig, wenn es eine eigene Entscheidung herstellt und nicht nur eine bereits bestehende Entscheidung durchsetzt. Eine eigene Entsch-

<sup>17</sup> Oben D.II.4.c)bb(3), S. 267 ff.

<sup>18</sup> Oben D.III.2.d)bb), S. 333 ff.

<sup>19</sup> Oben D.III.3.e), S. 356 ff.

<sup>20</sup> Exemplarisch oben E.IV.3.d)bb), S. 467 ff.

<sup>21</sup> Formulierung bei Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, S. 219.

<sup>22</sup> Dazu oben E.III.2.a)aa), S. 369 ff.

dung wird hergestellt, wenn das Ergebnis des Verfahrens im Vorfeld hinreichend offen und nicht vorprogrammiert ist. Das ist der Fall, wenn wesentliche Entscheidungsspielräume bestehen, die erst im Verfahren ausgefüllt werden. Solche Spielräume können resultieren aus einer Unbestimmtheit der rechtlichen Grundlagen eines Verfahrens, aus bewusst eingeräumten Entscheidungsspielräumen auf Rechtsfolgen-seite oder aus tatsächlichen Unklarheiten und Schwierigkeiten bei der Sachverhalts-ermittlung.<sup>23</sup> Dabei trifft irgendeine staatliche Stelle immer eine eigene Entscheidung, weil die demokratische Rechtssetzung keinen über-positiven Bindungen unterliegt.<sup>24</sup> Folglich ist im Rechtsverwirklichungsprozess irgendein Verfahren immer als Entscheidungsverfahren einzuordnen. Vor dem Hintergrund, dass jeder Konflikt von einem staatlichen Verfahren erfasst wird, ist daher irgendein Verfahren im Zusammenhang mit § 34 StGB immer vorrangig. Gelangt man für ein bestimmtes Verfahren zum Ergebnis, dass dieses keine wesentlichen Spielräume ausfüllt, sondern nur eine andere Entscheidung durchsetzt, schreitet die Prüfung deshalb auf der nächst-höheren Stufe im Rechtsverwirklichungsprozess fort. Dabei ist immer an das Verfahren auf niederster Stufe, das noch eine eigene Entscheidung herstellt, anzuknüpfen. Dieser unvermeidbare Vorrang staatlicher Verfahren<sup>25</sup> schadet aber nicht, weil der Vorrang eines Verfahrens nach der Je-desto-Formel allein auf staatliche Entscheidungen und nicht auf deren Durchsetzung bezogen ist und eine Notstandsrechtfertigung deshalb nicht vollständig ausschließt. Er schränkt nur den Kreis der gerechtfertigten Notstandshandlungen ein und hat inhaltliche Wirkungen auf die Notstandsrechtfertigung.

Der Vorrang eines staatlichen Verfahrens erfasst sowohl das Verfahren als solches als auch das Verfahrensergebnis. Wurde ein vorrangiges Verfahren durchgeführt und endete es mit einer Entscheidung, sind alle privaten Handlungen angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB, die mit dieser Entscheidung übereinstimmen und sich als Durchsetzung der Entscheidung darstellen (Entscheidungsvorrang).<sup>26</sup> Aber auch dann, wenn ein Verfahren zur Herstellung einer Entscheidung noch nicht durchgeführt wurde und mit einer Entscheidung endete, ist das Verfahren (bzw. die Möglichkeit seiner Durchführung) vorrangig. Der Umstand, dass noch keine Entscheidung vorliegt, ändert nichts daran, dass eine solche notwendig ist, um einen Konflikt für alle Beteiligten verbindlich zu lösen. Wurde ein Entscheidungsverfahren noch nicht durchgeführt, gilt deshalb ein Verfahrensvorbehalt, d. h. es besteht im Grundsatz eine Pflicht zur Einleitung des Verfahrens.<sup>27</sup>

Der Vorrang rechts- oder verfassungswidriger Verfahren und ihrer Ergebnisse (fehlerhafte Verfahren) und die Auswirkungen dieses Vorrangs richten sich nach den Fehlerfolgen und den rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten der am Notstands-

<sup>23</sup> Oben E.III.2.a)aa)(4), S. 373 ff.

<sup>24</sup> Oben D.II.3.c)bb), S. 232 ff.; D.II.3.d)bb), S. 245 ff. und D.III.2.d)bb)(3), S. 336 ff.

<sup>25</sup> Oben E.III.2.a)aa)(3), S. 370 ff.

<sup>26</sup> Oben E.III.2.a)bb)(2), S. 376 ff.

<sup>27</sup> Oben E.III.2.a)bb)(3), S. 379 ff.

konflikt Beteiligten außerhalb des § 34 StGB.<sup>28</sup> Wurde ein Verfahren durchgeführt und endete mit einem formell und/oder materiell rechts- und/oder verfassungswidrigen Ergebnis, gilt: Entscheidungen, die infolge ihrer Fehlerhaftigkeit unwirksam sind, entfalten keinen Vorrang innerhalb des § 34 StGB. Allerdings ändert die Fehlerhaftigkeit des konkreten Ergebnisses nichts an der Qualität des Verfahrens als eines zur Herstellung einer eigenen Entscheidung. Deshalb greift bei unwirksamen Entscheidungen ein Verfahrensvorbehalt. Nach § 34 StGB erlaubt sind dabei aber vorläufige Maßnahmen, die die Offenheit des Verfahrens erhalten bzw. verhindern, dass vollendete Tatsachen entstehen. Ist die Entscheidung trotz ihrer Fehlerhaftigkeit wirksam, aber gerichtlich oder behördlich aufhebbar, ist maßgeblich, *wer* eine solche Aufhebung außerhalb des § 34 StGB rechtlich veranlassen könnte. Wäre der Inhaber des Erhaltungsguts notstandsextern befugt, sich gegen die fehlerhafte Entscheidung zur Wehr zu setzen (beispielsweise, weil er im Verwaltungsprozess klagebefugt nach § 42 Abs. 2 VwGO wäre), greift diese Wertung auch innerhalb des § 34 StGB. Die fehlerhafte, aber wirksame Entscheidung ist deshalb zu behandeln, als wäre sie unwirksam. Es gilt erneut der Verfahrensvorbehalt mit der Möglichkeit vorläufiger Maßnahmen. Letztere umfassen insbesondere auch den Verstoß gegen die fehlerhafte Entscheidung, wenn dieser verhindert, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden. Bestehen hingegen auf Erhaltungsseite außerhalb des rechtfertigenden Notstands keine rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten gegen die fehlerhafte Entscheidung, ist dies auch innerhalb des § 34 StGB zu respektieren und die fehlerhafte, aber wirksame Entscheidung zu behandeln, als wäre sie nicht fehlerhaft. Es gilt der Entscheidungsvorrang. Könnte sich schließlich der Inhaber des Eingriffsguts gegen die fehlerhafte Entscheidung notstandsextern rechtlich zur Wehr setzen, führt dies wieder zum Verfahrensvorbehalt und grundsätzlich zum Ausschluss einer Rechtfertigung. Auch Fälle fehlerhafter Untätigkeit, in denen die zuständige staatliche Stelle ein an sich vorrangiges Verfahren nicht durchführt, obwohl sie zur Durchführung verpflichtet ist, sind nach diesen Grundsätzen zu behandeln. Kann sich der Inhaber des Erhaltungsguts notstandsextern gegen die Untätigkeit zur Wehr setzen und eine Verfahrensdurchführung erzwingen, darf er mit § 34 StGB vorläufige Maßnahmen ergreifen. Andernfalls ist die fehlerhafte Untätigkeit zu dulden und eine Rechtfertigung ausgeschlossen. Fehlerhafte Durchsetzungsverfahren und ihre Ergebnisse haben auf § 34 StGB im Zusammenhang mit der Je-desto-Formel schließlich keine Auswirkung, weil diese Verfahren unabhängig von ihrer Fehlerhaftigkeit ohnehin nicht vorrangig sind.

Zusammenfassend sind bei Anwendung der Je-desto-Formel also mehrere Fragen zu beantworten. Stellt ein möglicherweise vorrangiges staatliches Verfahren eine eigene Entscheidung her oder setzt es nur eine fremde Entscheidung durch? Wurde das Verfahren, wenn es sich um ein Entscheidungsverfahren handelt, bereits durchlaufen und endete mit einer Entscheidung, oder steht die Verfahrensdurchführung noch

---

<sup>28</sup> Oben E.III.2.b), S. 383 ff.

aus? Ist die Durchführung oder Nicht-Durchführung des Verfahrens bzw. die Herstellung oder Nicht-Herstellung einer Entscheidung mit höherrangigem Recht vereinbar? Wie wirken sich etwaige Rechts- oder Verfassungsverstöße aus, und wer könnte sie außerhalb des rechtfertigenden Notstands geltend machen? Die Beantwortung dieser Fragen führt für § 34 StGB dazu, dass sich entweder der Kreis der möglicherweise gerechtfertigten Handlungen auf solche verengt, die mit der vorrangigen Entscheidung übereinstimmen (Entscheidungsvorrang) oder eine Pflicht zur Verfahrenseinleitung besteht (Verfahrensvorbehalt), die vor Verfahrensabschluss grundsätzlich jede Rechtfertigung ausschließt, aber ausnahmsweise vorläufige Maßnahmen zur Erhaltung der Offenheit des Verfahrens zulässt.

### *c) Der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren*

Zusätzlich zum Vorrang staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel gilt ein Vorrang grundrechtsschützender Verfahren, d. h. solcher Verfahren, deren ordnungsgemäße Durchführung dem Schutz der Grundrechte der jeweiligen Betroffenen dient. Das ist Resultat der mittelbaren Drittwirkung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren im rechtfertigenden Notstand.<sup>29</sup> Vom Vorrang grundrechtsschützender Verfahren sind nicht nur Verfahren, die Sicherungen zum Schutz der Grundrechte des konkreten Eingriffsoffers vorsehen (z. B. Richtervorbehalte oder Anhörungserfordernisse), sondern auch Verfahren zur Verteilung grundrechtlich relevanter knapper Güter erfasst. Letztere erweitern den Kreis der durch die Notstandstat betroffenen Grundrechtsträger vom konkreten Eingriffsoffer auf die mittelbar beeinträchtigten Konkurrenten um das jeweilige Gut.<sup>30</sup> Handelt es sich beim grundrechtsschützenden Verfahren um ein Entscheidungsverfahren im Sinne der Je-desto-Formel, verstärken sich beide Maßstäbe gegenseitig. Die Rechtsfolgen richten sich dann nach der Je-desto-Formel (wichtig ist v. a. der Verfahrensvorbehalt). Handelt es sich um ein grundrechtsschützendes Durchsetzungsverfahren, schließt ein Vorrang desselben grundsätzlich jede Rechtfertigung nach § 34 StGB aus.

Von diesem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren gilt eine Ausnahme bei Gefahr im Verzug.<sup>31</sup> Immer dann, wenn der Erfolg einer Maßnahme durch die Einhaltung der grundrechtsschützenden Regeln vereitelt werden würde, muss der prozedurale Grundrechtsschutz zurück stehen. Diese Ausnahme führt zu einer Verengung des zeitlichen Rahmens des § 34 StGB: Insbesondere Handlungen, die lediglich die effektive und endgültige Abwehr einer Gefahr bezwecken, ohne dass aber zu erwarten ist, dass sich die Gefahr alsbald verwirklicht, sind daher nur selten gerechtfertigt.<sup>32</sup> Innerhalb dieser Ausnahme bei Gefahr im Verzug greifen die Grundsätze der Je-desto-Formel.

<sup>29</sup> Oben D.III.3.d), S. 349 ff. und E.IV.2, S. 429 ff.

<sup>30</sup> Oben E.IV.3.c), S. 453 ff.

<sup>31</sup> Oben E.IV.2.b), S. 431 ff.

<sup>32</sup> Für Beispiele oben E.IV.3.b), S. 442 ff.

### 3. Orientierungspunkte: Individual- und Kollektivrechtsgüter

Eine Zusammenschau des Vorrangs staatlicher Entscheidungen nach der Je-desto-Formel und des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren ergibt Prima-facie-Regeln bei der Beurteilung des Verhältnisses zwischen § 34 StGB und einem staatlichen Verfahren. Diese ersetzen nicht die Prüfung der soeben beschriebenen Kriterien, geben aber eine erste Orientierung bei der Falllösung.

#### a) Kollektive und individuelle Rechtsgüter auf Erhaltungsseite

Eine tatbestandsmäßige Handlung, die ein kollektives Rechtsgut schützen soll, ist infolge der Je-desto-Formel nur selten gerechtfertigt. Den zuständigen staatlichen Stellen kommt bei der Frage, ob, inwieweit, mit welchen Mitteln und zu wessen Lasten kollektive Rechtsgüter allgemein und im Fall ihrer Gefährdung im Einzelfall geschützt werden sollen, in aller Regel ein Entscheidungsspielraum zu.<sup>33</sup> Außerdem geht die Beziehung des Notstandstäters zu den Kollektivrechtsgütern meist nicht über seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft hinaus, d. h. er hat kein höheres (berechtigtes) Interesse am Erhalt des Rechtsguts als jeder andere. Folglich kann er sich außerhalb des rechtfertigenden Notstands im Regelfall auch nicht gegen rechts- oder verfassungswidriges staatliches Verhalten zur Wehr setzen (Art. 19 Abs. 4 GG).<sup>34</sup> Beide Umstände müssen in § 34 StGB respektiert werden.<sup>35</sup> Mithin sind bei kollektiven Rechtsgütern auf Erhaltungsseite private Notstandshandlungen nur selten angemessen im Sinne des § 34 S. 2 StGB. Ähnliche Ergebnisse erzielen solche Stimmen in der Literatur, die kollektiven Rechtsgütern allgemein die Notstandsfähigkeit absprechen, um staatliche Kompetenzen zu wahren.<sup>36</sup> Der hier entwickelte Ansatz ist demgegenüber aber flexibler und schränkt § 34 StGB nur dann ein, wenn konkret-relevante Entscheidungsbefugnisse bestehen.<sup>37</sup> Eine Rechtfertigung ist also nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn eine Tat ein kollektives Rechtsgut schützen soll, aber praktisch auf wenige Fälle beschränkt.

Anders ist dies, wenn individuelle Rechtsgüter auf Erhaltungsseite stehen.<sup>38</sup> Dann besteht oft ein individueller Anspruch darauf, dass staatliche Stellen zumindest irgendwie tätig werden, der dazu führt, dass jedenfalls vorläufige Maßnahmen nach § 34 StGB gerechtfertigt sind. Je stärker sich ein staatlicher Entscheidungsspielraum dabei verengt, desto eher sind auch private Handlungen erlaubt. Dabei ist der Wert des gefährdeten Rechtsguts bedeutsam. Während Rechtsgüter wie das (rechtlich an-

---

<sup>33</sup> Vgl. z. B. zum Klimaschutz *Engländer*, JZ 2023, 255 (259); *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 481 (494).

<sup>34</sup> Vgl. nur *Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 122.

<sup>35</sup> Ähnlich *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 (573 ff.).

<sup>36</sup> Siehe oben C.IV.2.a)bb), S. 169 ff. m. N. und Diskussion.

<sup>37</sup> Vgl. auch den Einwand bei *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 (68 mit Fn. 57) gegen *Bock* ZStW 131 (2019), 555 ff.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, S. 324.

erkannte) Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes oder an der Aufrechterhaltung der Produktion eines Betriebs staatlicherseits gegen andere, etwa ökologische, Interessen abgewogen werden können, ohne dabei allzu eng an z. B. verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden zu sein, unterliegen staatliche Entscheidungen bei gewichtigeren Rechtsgütern wie Leben, Gesundheit oder körperlicher Unversehrtheit strengeren Vorgaben bis hin zu konkreten Pflichten, ein ganz bestimmtes Verfahrensergebnis herbeizuführen (z. B. Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).<sup>39</sup> Je enger also die Verbindung des Notstandstäters zum Erhaltungsgut und je höher dessen Wert ist, desto geringere Spielräume bestehen seitens des Staates und desto eher ist privates Handeln nach § 34 StGB gerechtfertigt.

### *b) Individuelle und kollektive Rechtsgüter auf Eingriffsseite*

Greift der Notstandstäter in individuelle Rechtsgüter ein, folgt aus dem Vorrang grundrechtsschützender Verfahren mit seiner Ausnahme bei Gefahr im Verzug in aller Regel eine Verengung des zeitlichen Rahmens des § 34 StGB. Innerhalb dieses Rahmens gilt die Je-desto-Formel. V. a. bei Eingriffen in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter im Aggressivnotstand führt dies zu einer wesentlichen Beschränkung: Nur wenn keinerlei andere Möglichkeit besteht und staatliche Stellen bei der Auswahl des konkret herangezogenen Nichtstörers keine Spielräume hätten,<sup>40</sup> sind individuelle Notstandshandlungen in Übereinstimmung mit vorrangigen Entscheidungen oder als vorläufige Maßnahmen zulässig. Das wiederum ist insbesondere der Fall, wenn auf Erhaltungsseite individuelle Rechtsgüter stehen, während zum Schutz kollektiver Rechtsgüter auch bei Gefahr im Verzug nur selten in individuelle Rechtsgüter eingegriffen werden darf. Anders ist dies bei Eingriffen in kollektive Rechtsgüter: Abgesehen von Situationen besonderer Knappheit, in denen an einen Vorrang grundrechtsschützender Verteilungsverfahren zu denken ist, gelten hier lediglich die großzügigeren Vorgaben der Je-desto-Formel, nicht aber der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren.

### *c) Zusammenführung*

Damit lässt sich folgende Abstufung vornehmen: Private Handlungen sind am ehesten nach § 34 StGB gerechtfertigt, wenn der Täter zum Erhalt eines individuellen Rechtsguts in ein kollektives Rechtsgut eingreift.<sup>41</sup> Dann sind staatliche Entscheidungsspielräume in der Regel zumindest teilweise begrenzt und Einschränkungen durch den Vorrang grundrechtsschützender Verfahren gelten meist nicht. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB kommt dagegen am wenigsten in Betracht, wenn die

<sup>39</sup> Darauf stellt auch Bock, ZStW 131 (2019), 555 (573 ff.) ab.

<sup>40</sup> Dazu Schoch/Kießling, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 479.

<sup>41</sup> Ähnlich im Ergebnis Greco, ZStW 134 (2022), 1 (72 ff.); vgl. auch Böse, ZStW 112 (2001), 40 (54).

Tat zum Schutz kollektiver Rechtsgüter in individuelle Rechtsgüter eingreift.<sup>42</sup> Dann haben staatliche Stellen oft einen weiten Entscheidungsspielraum, und aufgrund des Vorrangs grundrechtsschützender Verfahren ist eine private Notstandshandlung nur bei Gefahr im Verzug angemessen.

Stehen sich gleichartige Rechtsgüter, d. h. entweder zwei Individual- oder zwei Kollektivrechtsgüter, gegenüber, sind allgemeine Aussagen schwerer. Wenn zum Erhalt individueller Rechtsgüter in individuelle Rechtsgüter eingegriffen wird, muss in der Regel der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren beachtet werden, d. h. der zeitliche Rahmen des § 34 StGB verengt sich. Allerdings bestehen staatlicherseits beim Schutz individueller Rechtsgüter weniger Entscheidungsspielräume als beim Schutz kollektiver Rechtsgüter, sodass die Je-desto-Formel hier einer Rechtfertigung seltener im Weg steht. Stehen sich auf beiden Seiten Rechtsgüter der Allgemeinheit gegenüber, kommt die Notstandshandlung zwar meist nicht in Konflikt mit dem prozeduralen Grundrechtsschutz, aber mit staatlichen Entscheidungskompetenzen. Weil hier erstens weniger enge Bindungen des Staates bestehen und zweitens für den Notstandstäter außerhalb des § 34 StGB oft keine rechtliche Handhabe gegen fehlerhaftes Verhalten des Staates existiert, dürften private Maßnahmen nach § 34 StGB seltener zulässig sein.

### III. Rechtfertigender Notstand im demokratischen Rechtsstaat

Der hier entwickelte Ansatz nimmt dem rechtfertigenden Notstand einen Großteil seiner Irregularität. § 34 StGB ist wie jede andere Rechtsnorm Ausdruck der politischen Selbstbestimmung der Bürger eines demokratischen Rechtsstaats. Die Je-desto-Formel bindet den rechtfertigenden Notstand an andere demokratisch legitimierte Entscheidungen an, und der Vorrang grundrechtsschützender Verfahren bringt ihn mit den Grundrechten der Betroffenen in Einklang. Dadurch stellt § 34 StGB weder eine Gefahr für die Autorität der Rechtsordnung noch für den Freiheitsspielraum des Verletzten dar.<sup>43</sup>

Zugleich wird damit ein Konzept zur Konkretisierung der Angemessenheitsklausel nach § 34 S. 2 StGB und zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Notstand und staatlichen Verfahren zur Verfügung gestellt, das hinreichend flexibel ist, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden, aber auch hinreichend vorhersehbare Ergebnisse hervorbringt, um die bislang bestehende Rechtsunsicherheit zu beheben. Indem die hier entwickelten Grundsätze sowohl für behördliche und gerichtliche als auch für das demokratische Verfahren gelten und der Vorrang eines Verfahrens sowohl das Verfahren im engeren Sinne als auch sein Ergebnis umfasst,

<sup>42</sup> Im Ergebnis auch *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 (88 f.); vgl. auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, S. 183.

<sup>43</sup> Vgl. nochmals die Bedenken bei *Gallas*, ZStW 80 (1968), 1 (24).

überwindet der Ansatz die Zersplitterung in Rechtsprechung und Literatur in verschiedene Kriterien und Einzelfälle und führt sie in einem einheitlichen Konzept zusammen. Dieses ist auf allen Ebenen des Rechtsverwirklichungsprozesses – von der Verfassungsgebung bis zur Vollstreckung eines Verwaltungsakts – anwendbar. Damit verbunden ist eine Präzisierung des Problems: Es geht nicht um das allgemeine Verhältnis zwischen „dem Staat“ und „dem Bürger“ oder zwischen staatlichen Verfahren und privaten Notstandshandlungen (im Plural), sondern um die Beziehung zwischen einem bestimmten staatlichen Verfahren und einer konkreten privaten Handlung (im Singular). Mit der Beurteilung eines konkreten Einzelfalls entscheidet man nicht zwischen Staat und Anarchie, sondern die Frage nach der Rechtfertigung einer bestimmten Handlung richtet sich danach, *wieso* ein bestimmtes Verfahren durchgeführt wird: um eine demokratisch legitimierte Entscheidung herzustellen, eine andere Entscheidung durchzusetzen und/oder die Grundrechte der Betroffenen zu schützen. Damit gibt das hier entwickelte Konzept der praktischen Rechtsanwendung konkretere und differenziertere Kriterien an die Hand als Ansätze, die mit der Staatlichkeit an sich, dem staatlichen Gewaltmonopol, dem Rechtsfrieden oder anderen fundamentalen Ordnungsprinzipien hantieren.<sup>44</sup>

Alle Beteiligten an der Diskussion um eine Notstandsrechtfertigung – Täter, Opfer, (Straf-)Gerichte, Behörden, Gesetzgeber, Verfassungsgeber, Rechtswissenschaftler – kommen so zu ihrem Recht und werden zugleich auf den Platz verwiesen, der ihnen in einem demokratischen und den Grundrechten Einzelner verpflichteten Rechtsstaat zukommt.<sup>45</sup> Weder kann § 34 StGB verwendet werden, um staatliche Entscheidungen zugunsten der jeweils eigenen politisch-moralischen Haltung zu umgehen, noch werden private Befugnisse allein zum Schutz staatlicher Existenz beschränkt. Die hier erfolgte Bestimmung des Verhältnisses zwischen rechtfertigendem Notstand und staatlichen Verfahren hebt weder die staatliche Rechtsordnung aus, noch lässt sie den rechtfertigenden Notstand leer laufen, sondern sie fügt diesen in die Gesamtrechtsordnung ein und ermöglicht eine theoretisch fundierte Anwendung des § 34 StGB im demokratischen und sozialen Rechtsstaat des 21. Jahrhunderts.

---

<sup>44</sup> Nachweise oben D.I.2, S.208 ff.; gegen „die üblichen totalitären Parolen“ auch *Dehne-Niemann/Greisner*, GA 2019, 205 (213 f.).

<sup>45</sup> Allgemein für eine diskursive Entflechtung von Wissenschaft, Kriminalpolitik und Praxis auch *Burchard*, in: Tiedemann et al. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, S. 27 (55 f.).



## Literatur

- Aarnio, Aulis*, Das regulative Prinzip der Gesetzesauslegung: Überlegungen zum Problem der Möglichkeit der einzig richtigen Entscheidung, *Rechtstheorie* 20 (1989), 409 ff.
- Abramenko, Andrik*, Unerlaubter Aufenthalt und rechtfertigender Notstand – Zur Anwendung von § 34 StGB auf ausländerrechtliche Strafvorschriften, *NStZ* 2001, 71 ff.
- Alexander, Larry*, Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification, *Law and Philosophy* 24 (2005), 611 ff.
- Alexy, Robert*, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie*, 1. Aufl., Frankfurt a.M. 1995, S. 94 ff.
- Ders.*, Probleme der Diskurstheorie, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M. 1995, S. 109 ff.
- Ders.*, *Theorie der Grundrechte*, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2018.
- Amelung, Knut*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechen, Frankfurt a.M. 1972.
- Ders.*, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, *NJW* 1977, 833 ff.
- Amelung, Knut/Schall, Hero*, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, *Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis – OLG München*, *DVB* 1973, 221, *JuS* 1975, 565 ff.
- Appel, Ivo*, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen des staatlichen Strafens*, Berlin 1998.
- Ders.*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, *VVDStRL* 67 (2007), 226 ff.
- Arneson, Richard J.*, Defending the Purely Instrumental Account of Democratic Legitimacy, *The Journal of Political Philosophy* 11 (2003), 122 ff.
- Artkämper, Heiko*, *Hausbesetzer, Hausbesitzer, Hausfriedensbruch*, Berlin 1995.
- Arzt, Gunther*, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr – Zum Vorrang der Verteidigung der Rechtsordnung durch den Staat, in: Grünwald, Gerald/Miehe, Olaf/Rudolphi, Hans-Joachim/Schreiber, Hans-Ludwig (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1975, S. 77 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.02.1993 – 3 StR 356/92, *JZ* 1994, 314 ff.
- Ders.*, Kleiner Notstand bei kleiner Kriminalität?, in: Donatsch, Andreas/Schmid, Nikolaus (Hrsg.), *Strafrecht und Öffentlichkeit. Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag*, Zürich 1996, S. 25 ff.
- Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, *Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch*, 4. Aufl., Bielefeld 2021.

- Augsberg, Steffen*, Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 13 ff.
- Bäcker, Carsten*, Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit – Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit, in: Schuhr, Jan C. (Hrsg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Tübingen 2014, S. 33 ff.
- Ders.*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, Tübingen 2015.
- Baumann, Jürgen*, Freiheit des Bürgers und Gewaltmonopol des Staates. Wie hat sich der demokratische Rechtsstaat seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland entwickelt?, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Neuwied 1985, S. 247 ff.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 13. Aufl., Bielefeld 2021.
- Becker, Hans-Jürgen*, Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers. Der Ewige Landfriede – vor 500 Jahren, NJW 1995, 2077 ff.
- Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020 (zit. *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht).
- Bentham, Jeremy*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, hrsg. von J.-H. Burns und H. L. A. Hart, Oxford 2005.
- Bergelson, Vera*, Choice of Evils: In Search of a Viable Rationale, Criminal Law and Philosophy 6 (2012), 289 ff.
- Bergmann, Alfred*, Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB), JuS 1989, 109 ff.
- Berman, Mitchell N.*, Justification and Excuse, Law and Morality, Duke Law Journal 53 (2003), 1 ff.
- Bethge, Herbert*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren. Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, NJW 1982, 1 ff.
- Bettermann, Karl August*, Anmerkung zu VG Sigmaringen, Urteil vom 17.09.1962 – I 163/62, DVBl 1963, 826 ff.
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, Strafprozessrecht, 16. Aufl., Heidelberg 2022.
- Bickenbach, Christian*, Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor den Gerichten, JZ 2020, 168 ff.
- Bock, Stefanie*, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 131 (2019), 555 ff.
- Bockelmann, Paul*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.11.1958 – 4 StR 199/58, JZ 1959, 495 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen, NJW 1978, 1881 ff.
- Ders.*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Eine Erwiderung, ZParl 11 (1980), 591 ff.
- Bodin, Jean*, Über den Staat. Auswahl, Übersetzung und Nachwort des französischen Originals (Six livres de la République, 1583) von Gottfried Niedhart, Ditzingen 2011.
- Boe, Morten*, Weltrechtspflege ohne Weltbezug? – Überlegungen zum Konzept stellvertretender Weltrechtspflege am Beispiel einer Pflicht zur Urteilsübersetzung in Verfahren auf Grundlage des § 1 S. 1 VStGB, ZStW 134 (2022), 926 ff.
- Bönte, Mathis*, Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand, HRRS 2021, 164 ff.
- Ders.*, Praxiskommentar zum Beschluss des OLG Celle vom 29.07.2022 – 2 Ss 91/22, NStZ 2023, 114 ff.
- Böse, Martin*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001), 40 ff.

- Böse, Martin/Tomiak, Lucas, Unrecht gegen Unrecht? Zum Übersprayen rechtswidrig angebrachter Graffiti, ZIS 2021, 123 ff.
- Botta, Jonas, Klimaaktivismus im demokratischen Rechtsstaat. Legalität und Legitimität radikaler Protestformen am Beispiel von Sitzblockaden im Straßenverkehr, VerwArch 114 (2023), 206 ff.
- Bottke, Walter, Übersicht: Strafrecht, JA 1980, 510 ff.
- Bracher, Christian-Dietrich, Gefahrenabwehr durch Private – eine verfassungsrechtliche Untersuchung zu den Grenzen der Übertragung von Aufgaben der Gefahrenabwehr auf Private und der staatlichen Zulassung privater Gefahrenabwehr, Berlin 1987.
- Braun, Sebastian, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 28.6.2016 – 1 StR 613/15, StV 2017, 312 ff.
- Breuer, Marten, Nichtiges Gesetz und vernichtbarer Verwaltungsakt – Überlegungen zur Ratio der Fehlerfolgendifferenzierung bei Norm und Einzelakt, DVBl 2008, 555 ff.
- Britz, Gabriele, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch „grundrechtliches Vorverfahren“, Der Staat 42 (2003), 35 ff.
- Dies., Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825 ff.
- Britz, Guido/Müller-Dietz, Heinz, Der praktische Fall – Strafrecht: Unschuld und Strafe, JuS 1998, 237 ff.
- Bülte, Jens, § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121 (2009), 377 ff.
- Burchard, Christoph, Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2016, S. 27 ff.
- Ders., Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion. Wissenschaftsethische Vorüberlegungen zu „Dual Use Research of Concern“ aus dem Bereich der Strafrechtswissenschaften, in: Kuhli, Milan/Asholt, Martin (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, Baden-Baden 2017, S. 23 ff.
- Burgi, Martin, Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform, DVBl 2011, 1317 ff.
- Burr, Christian, Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, JR 1996, 230 ff.
- Busche, Daniel, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, KlimR 2023, 103 ff.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Aufl., München 2022 (zit. Calliess/Ruffert/Bearbeiter).
- Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff.
- Cheneval, Francis, Demokratietheorien zur Einführung, Hamburg 2015.
- Chiao, Vincent, Two Conceptions of the Criminal Law, in: Flanders, Chad/Hoskins, Zachary (Hrsg.), The New Philosophy of Criminal Law, London 2016, S. 19 ff.
- Coca-Vila, Ivó, Die Kollision von Verpflichtungsgründen im Strafrecht, ZStW 130 (2018), 959 ff.
- Ders., Self-driving Cars in Dilemmatic Situations: An Approach Based on the Theory of Justification in Criminal Law, Criminal Law and Philosophy 12 (2018), 59 ff.
- Ders., Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Dimension, GA 2021, 446 ff.
- Ders., Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung, in: Staffler, Lukas/Ege, Gian/Jany, Oliver/Lichtenberger, Luisa/Payer, Andrés/Ran-

- zoni, Luca/Reinicke, Franziska/Schweiger, Theresa/Tsilikis, Dimitros (Hrsg.), *Strafrecht und Demokratie*. 9. Symposium des Jungen Strafrechts in Zürich 2022, Baden-Baden 2023, S. 79 ff.
- Ders.*, On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar, *Criminal Law and Philosophy* 18 (2024), 61 ff.
- Ders.*, Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence, *Res Publica* 2023, <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y> (zuletzt aufgerufen am 24.08.2024).
- Coninx, Anna*, Zufall und Verteilungsgerechtigkeit – Grundlagen für eine kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notsituationen, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden 2013, S. 175 ff.
- Dahl, Robert A.*, *Democracy and its Critics*, New Haven 1989.
- Degenhart, Christoph*, Forum: Öffentlichrechtliche Fragen der „Hausbesetzungen“, *JuS* 1982, 330 ff.
- Dehne-Niemann, Jan/Greisner, Malte C.*, Der Zweck heiligt die Mittel! – Notstandsrechtfertigung des tierschutzmotivierten Betretens von Tierställen. Zugleich Besprechung von OLG Naumburg NJW 2018, 2064, GA 2019, 205 ff.
- Deißner, Annika*, Fiat iustitia ... – heißt es „et“ oder „aut“ pereat mundus? Überlegungen zur Rechtswidrigkeit der „Klimaproteste“, *StV* 2023, 547 ff.
- Delonge, Franz-Benno*, *Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen*, München 1988.
- Dencker, Friedrich*, Über Gegenwärtigkeit, in: Freund, Georg/Murmann, Uwe/Bloy, René/Perron, Walter (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, S. 477 ff.
- Denninger, Erhard*, Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität, in: ders./Hinz, Manfred O./Mayer-Tasch, Peter/Cornelius/Roellecke, Gerd (Hrsg.), *Kritik und Vertrauen. Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1990, S. 45 ff.
- Depenheuer, Otto*, Das Bürgeropfer im Rechtsstaat – Staatsphilosophische Überlegungen zu einem staatsrechtlichen Tabu, in: ders./Heintzen, Markus/Jestaedt, Matthias/Axer, Peter (Hrsg.), *Staat im Wort – Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg 2007, 43 ff.
- Diebel, Justine*, *Cannabis auf Rezept – Zur Legitimation betäubungsmittelstrafrechtlicher Restriktionen*, Berlin 2019.
- Dietlein, Johannes*, Private Notrechte als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung? „Stalleinbrüche“ als Herausforderung für das staatliche Gewaltmonopol, in: Beckmann, Rainer/Duttge, Gunnar/Gärditz, Klaus Ferdinand/Hillgruber, Christian/Windhöfel, Thomas (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, Berlin 2019, S. 187 ff.
- Di Fabio, Udo*, *Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in existenziellen Notlagen. Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19/15 – im Auftrag des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte*, Bonn 2017, abrufbar unter: [https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2%20](https://www.bfarm.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Presse/Rechtsgutachten.pdf?__blob=publicationFile&v=2%20) (zuletzt aufgerufen am 24.08.2023).
- Dorfman, Avihay/Harel, Alon*, The Case Against Privatization, *Philosophy and Public Affairs* 41 (2013), 67 ff.
- Dies.*, Against Privatisation As Such, *Oxford Journal of Legal Studies* 35 (2016), 400 ff.
- Dreier, Horst*, Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat, *ZParl* 17 (1986), 94 ff.

- Ders., Joh 8, Wertrelativismus und Demokratietheorie, in: Walter, Robert/Zeleny, Klaus (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht. Festakt aus Anlass des 60. Geburtstages von Clemens Jabloner, Wien 2009, S. 13 ff.
- Dreier, Grundgesetz-Kommentar
- Band 1: Präambel, Art. 1–19 GG, hrsg. von Brosius-Gersdorf, Frauke, 4. Aufl., Tübingen 2023, (zit. Dreier/Bearbeiter).
  - Band 2: Art. 20–82 GG, hrsg. von Dreier, Horst, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zit. Dreier/Bearbeiter).
  - Band 3: Art. 83–146 GG, hrsg. von Dreier, Horst, 3. Aufl., Tübingen 2018 (zit. Dreier/Bearbeiter).
- Dreier, Ralf, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner/Wydunkel, Dieter (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 573 ff.
- Ders., Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz, Peter (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt a. M. 1983, 54 ff.
- Ders., Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Neuwied 1985, S. 299 ff.
- Drescher, Angelika, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.02.1993 – 3 StR 356/92, JR 1994, 423 ff.
- Dürig, Günter, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.
- Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, hrsg. von Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H., München, 103. EL Januar 2024 (zit. Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter).
- Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, London 1977.
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht. Band 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2020.
- Dies. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht. Band 3: Kommunalrecht, Haushalts- und Abgabenrecht, Ordnungsrecht, Sozialrecht, Bildungsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes, 4. Aufl., Heidelberg 2021.
- Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., Heidelberg 2022.
- Eidam, Lutz, Klimaschutz und ziviler Ungehorsam. Lässt sich der Regelbruch legitimieren?, JZ 2023, 224 ff.
- Eifert, Martin, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 97 (2007), 286 ff.
- Ekardt, Felix/Henning, Bettina, Landesbehördliche Befugnisse im Spannungsfeld von Naturschutz- und Gentechnikrecht, URP 2010, 419 ff.
- El-Ghazi, Mohamad/Fischer-Lescano, Andreas, Rechtfertigung bei Einreisedelikten – zugleich Besprechung von OLG Bamberg, Urt. v. 24.09.2014 – 3 Ss 59/13, StV 2015, 386 ff.
- Engisch, Karl, Der nächste Schritt, in: Grünwald, Gerald/Miehe, Olaf/Rudolph, Hans-Joachim/Schreiber, Hans-Ludwig (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, S. 1 ff.
- Engländer, Armin, Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen 2008.
- Ders., Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, 15 ff.

- Ders.*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, *ZStW* 127 (2015), 616 ff.
- Ders.*, Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands, *GA* 2017, 242 ff.
- Ders.*, Personale Rechtsgutslehre und normativer Individualismus, in: Saliger, Frank (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2017, S. 547 ff.
- Ders.*, Der entgrenzte Notstand – zur Anwendung des § 34 StGB bei sogenannten Klimaprotesten. Anm. zu AG Flensburg, *Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22*, *JZ* 2023, 255 ff.
- Erb, Volker*, Notwehr bei präsenter staatlicher Hilfe, in: Griesbaum, Rainer/Hannich, Rolf/Scharr, Karl Heinz (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, Berlin 2006, S. 181 ff.
- Ders.*, Notwehr gegen rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern, in: Dölling, Dieter/Erb, Volker (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006, S. 217 ff.
- Ders.*, Der rechtfertigende Notstand, *JuS* 2010, 17 ff.
- Ders.*, Der rechtfertigende Notstand, *JuS* 2010, 108 ff.
- Ders.*, Die Vernachlässigung strafrechtlicher Wertungen in der Bekämpfung der Corona-Pandemie, *ZIS* 2022, 95 ff.
- Ders.*, „Klima-Kleber“ im Spiegel des Strafrechts, *NStZ* 2023, 577 ff.
- Esser, Robert*, Wie „aktivistisch“ ist das deutsche Strafrecht? Ein Blick auf die Geschichte des § 240 StGB und die Rolle der Strafverteidigung in Zeiten der Klimaproteste, in: Eidam, Lutz/Lindemann, Michael/Neuhaus, Ralf/Ransiek, Andreas (Hrsg.), *Festschrift für Stephan Barton zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2023, S. 349 ff.
- Faller, Hans Joachim*, Gewaltmonopol des Staates und Selbstschutzrecht des Bürgers, in: *ders./Kirchhof, Paul/Träger, Ernst* (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag*, Tübingen 1989, S. 3 ff.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung. Strafrechtliche Burka-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus, in: *Exzellenzcluster „Religion und Politik“ der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster* (Hrsg.), *Religion und Politik, Band 7: „Als Mann und Frau schuf er sie“ – Religion und Geschlecht*, hrsg. von Stollberg-Rilinger, Barbara, Würzburg 2014, S. 181 ff.
- Fehling, Michael*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, *VVDStRL* 70 (2011), 278 ff.
- Felde, Barbara/Ort, Jost-Dietrich*, Entscheidungsbesprechung zu OLG Naumburg, *Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17*, *ZIS* 2018, 468 ff.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, hrsg. von Carl Joseph Anton Mittermaier, 14. Aufl., Gießen 1847.
- Fichte, Johann Gottlieb*, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Nachdruck auf der Grundlage der zweiten von Fritz Medicus herausgegebenen Auflage von 1922, Hamburg 1960.
- Fidler, Philipp*, Private Enforcement – Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht, *JBl* 140 (2018), 81 ff.
- Fischer, Thomas*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 71. Aufl., München 2024 (zit. *Fischer*).
- Fletcher, George P.*, Domination in the Theory of Justification and Excuse, *University of Pittsburgh Law Review* 57 (1996), 553 ff.
- Foffani, Luigi/Martín, Adán Nieto*, Klimaschutzstrafrecht durch Wirtschaftsstrafrecht? *GA* 2023, 100 ff.
- Frankenberg, Günter*, Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie, *JZ* 1984, 266 ff.

- Frisch, Wolfgang*, Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien, in: Paeffgen, Hans-Ullrich/Böse, Martin/Kindhäuser, Urs/Stübinger, Stephan/Verrel, Torsten/Zaczyk, Rainer (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 425 ff.
- Ders.*, Strafrecht und Klimaschutz. Möglichkeiten und Grenzen eines Beitrags des Strafrechts zum Klimaschutz nach Maßgabe internationaler Klimaübereinkünfte, GA 2015, 427 ff.
- Ders.*, Strafrecht und Solidarität. Zugleich zu Notstand und unterlassener Hilfeleistung, GA 2016, 121 ff.
- Frister, Helmut*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA 1985, 553 ff.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 2023.
- Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo*, Verfassungsgeschichte. Von der Nordamerikanischen Revolution bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 20. Aufl., München 2022.
- Gallas, Wilhelm*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), 1 ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49 (2010), 331 ff.
- Ders.*, Staat und Strafrechtspflege. Braucht die Verfassungstheorie einen Begriff von Strafe?, Paderborn 2015.
- Ders.*, Verfahrensöffentlichkeit im Strafprozess. Eine Standortsuche zwischen Prozessfunktionen, Legitimationstheorie und Verfassungsrecht, in: Stuckenberg, Carl-Friedrich/Gärditz, Klaus Ferdinand (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag, Berlin 2015, S. 439 ff.
- Ders.*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, 641 ff.
- Ders.*, Demokratische Sonderstellung des Strafrechts?, in: Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, Tübingen 2022, S. 15 ff.
- Gätsch, Cäcilia*, Legitimität und Legalität von zivilem Ungehorsam im Kampf gegen die Klimakrise, KlimR 2023, 141 ff.
- Gaul, Hans Friedhelm*, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), 27 ff.
- Geilen Gerd*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 29.11.1974 – 2 Ws 239/74, JZ 1975, 380 ff.
- Gerhold, Sönke*, Cannabis zur analgetischen Selbsttherapie – Die Auswirkungen der Grundsatzenscheidung des BVerwG zu den Erlaubnisvoraussetzungen des § 3 Abs. 2 BtMG aus dem Jahr 2005 auf das Strafrecht, HRRS 2011, 477 ff.
- Gethmann, Carl Friedrich/Kloepfer, Michael/Reinert, Sigrid* (Hrsg.), Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, Bonn 1995.
- Goldschmidt, James*, Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens. 2. Neudruck der Originalausgabe Berlin 1925, Aalen 1986.
- Götz, Heinrich*, Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, NJW 1960, 1177 ff.
- Grebing, Gerhard*, Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht – Ein Beitrag zur dogmatischen Bedeutung der Angemessenheitsklausel des § 34 Satz 2 StGB, GA 1979, 81 ff.
- Greco, Luís*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009.
- Ders.*, Zur Strafwürdigkeit des Selbstdopings im Leistungssport, GA 2010, 622 ff.
- Ders.*, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottge, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin 2011, S. 199 ff.

- Ders.*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Brunhöber, Beatrice/Höffler, Katrin/Kaspar, Johannes/Reinbacher, Tobias/Vormbaum, Moritz (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler in Berlin 2012, Baden-Baden 2013, S. 13 ff.
- Ders.*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015.
- Ders.*, Tiernoithilfe, JZ 2019, 390 ff.
- Ders.*, Der Anteil der Gesellschaft. Eine Theorie des rechtfertigenden Notstands, ZStW 134 (2022), 1 ff.
- Griffin, Christopher G.*, Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure, The Journal of Political Philosophy 11 (2003), 111 ff.
- Grimm, Dieter*, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, 865 ff.
- Ders.*, Das staatliche Gewaltmonopol, in: Heitmeyer, Wilhelm/Hagan, John (Hrsg.), Internationales Handbuch der Gewaltforschung, Wiesbaden 2002, S. 1297 ff.
- Ders.*, Souveränität – Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, Berlin 2009.
- Groschupf, Otto*, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, DVBl 1962, 627 ff.
- Grundlagen des Verwaltungsrechts*
- Band I und II, 3. Aufl., München 2022, hrsg. von Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (zit. *Bearbeiter*, in: GVwR I bzw. II).
  - Band I, 1. Aufl., München 2006, hrsg. von Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (zit. *Bearbeiter*, in: GVwR I (1. Aufl.)).
- Grünewald, Anette*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten, ZStW 120 (2008), 545 ff.
- Grunsky, Wolfgang*, Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
- Grzeszick, Bernd*, Katastrophenschutz ohne (förmlichen) Katastrophenfall? Zu Konzeption, Voraussetzungen und Grenzen nur materieller Zuständigkeitsregelungen im Katastrophenschutzrecht, VerwArch 114 (2023), 139 ff.
- Guckelberger, Annette*, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, 1151 ff.
- Günther, Klaus*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 51 ff.
- Gurlit, Elke*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 229 ff.
- Gusy, Christoph*, Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, AÖR 106 (1981), 329 ff.
- Ders.*, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe – Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit“, DÖV 1996, 573 ff.
- Haas, Robert*, Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik, Frankfurt a. M. 1978.
- Haas, Volker*, Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002.
- Häberle, Peter*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 44 ff.
- Habermas, Jürgen*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Glotz, Peter (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt a. M. 1983, S. 29 ff.

- Ders.*, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1. Aufl., Frankfurt a. M. 1996.
- Ders.*, Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen, in: *ders.*, Wahrheit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze. Erweiterte Ausgabe, Frankfurt a. M. 2004, S. 299 ff.
- Ders.*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 2019.
- Ders.*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022.
- Hammer, Felix*, Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und „schlanker Staat“, DÖV 2000, 613 ff.
- Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, hrsg. von Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen.
- Band I, Heidelberg 2004 (zit. *Bearbeiter*, in: HGR I).
  - Band II, Heidelberg 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: HGR II).
  - Band V, Heidelberg 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: HGR V).
- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von Isensee, Josef/Kirchhof, Paul.
- Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zit. *Bearbeiter*, in: HStR II).
  - Band III: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, 3. Aufl., Heidelberg 2005 (zit. *Bearbeiter*, in: HStR III).
  - Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: HStR IX).
- Handbuch des Strafrechts*, hrsg. von Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian.
- Band 1: Grundlagen des Strafrechts, Heidelberg 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: HStrR I).
  - Band 2: Strafrecht Allgemeiner Teil I, Heidelberg 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: HStrR II).
- Handbuch des Verfassungsrechts*. Darstellung in transnationaler Perspektive, hrsg. von Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Klaus Ferdinand, München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: HbVerfR).
- Harbarth, Stephan*, Der Auftrag des Staates zur Verwirklichung seiner Voraussetzungen als produktives Dilemma, AöR 148 (2023), 1 ff.
- Harel, Alon*, Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions, Legal Theory 14 (2008), 113 ff.
- Ders.*, Why Law Matters, Oxford 2014.
- Ders.*, Why Privatisation Matters, in: du Bois-Pedain, Antje/Ulväng, Magnus/Asp, Petter (Hrsg.), Criminal Law and the Authority of the State, Oxford 2017, S. 229 ff.
- Ders.*, Why Privatization Matters. The Democratic Case Against Privatization, Nomos 60 (2019), 52 ff.
- Hassemer, Winfried*, Besprechung von BGH, Urt. v. 15.5.1979 – 1 StR 74/79 – NJW 1979, 2053, JuS 1980, 69 f.
- Ders.*, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtslehre, Frankfurt a. M. 1980.
- Ders.*, Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Neuwied 1985, S. 325 ff.
- Ders.*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990.
- Ders.*, Prozedurale Rechtfertigungen, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (Hrsg.), Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 731 ff.

- Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016.
- Hecker, Bernd, Strafrecht AT: Nothilfe und Notstand. Eindringen in eine Tierzuchtanlage zu dem Zweck, Missstände zu dokumentieren. Bespr. von LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14, JuS 2018, 83 ff.
- Hefendehl, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, auf Grundlage der Werke von 1832–1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion: Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, 17. Aufl., Frankfurt a. M. 2017.
- Heidebach, Martin, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung, Berlin 2014.
- Heinig, Hans Michael, Heiligt der Zweck die Mittel? Zum Umgang mit zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, NK 2023, 231 ff.
- Heinitz, Ernst, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, in: Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961, S. 266 ff.
- Hellgardt, Alexander, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JZ 2018, 901 ff.
- Helmers, Gunnar, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts. Eine grundlegende Untersuchung. Zugleich ein Beitrag zur kantischen Rechtsphilosophie, Berlin 2016.
- Herbst, Thomas, Die These der einzig richtigen Entscheidung – Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien von Ronald Dworkin und Jürgen Habermas, JZ 2012, 891 ff.
- Herdegen, Matthias, Europarecht, 24. Aufl., München 2023.
- Ders., Völkerrecht, 22. Aufl., München 2023.
- Hesse, Konrad, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427 ff.
- Ders., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- Heyman, Steven J., Foundations of the Duty to Rescue, Vanderbilt Law Review 47 (1994), 673 ff.
- Hilbert, Patrick, Erkenntnisfunktionen und Richtigkeitsgewähr von Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 51 (2018), 313 ff.
- Hillenkamp, Thomas, Zum Notwehrrecht des Arztes gegen „Abtreibungsgegner“, in: Putzke, Holm/Hardtung, Bernhard/Hörnle, Tatjana/Merkel, Reinhard/Scheinfeld, Jörg/Schlehofer, Horst/Seier, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2008, S. 483 ff.
- Ders., Zum Offenlassen von Unrechtsmerkmalen bei „jedenfalls“ fehlender Schuld, in: Hecker, Bernd/Weißer, Bettina/Brand, Christian (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, München 2018, 553 ff.
- Hillenkamp, Thomas/Cornelius, Kai, 32 Probleme aus dem Strafrecht – Allgemeiner Teil, 16. Aufl., München 2023.
- Hillgruber, Christian, Die Herrschaft der Mehrheit – Grundlagen und Grenzen des demokratischen Majoritätsprinzips, AöR 127 (2002), 460 ff.
- Hippel, Reinhard von, Anmerkung zum Beschluss des BayOLG vom 23.06.1976 – Rreg 4 St 38/76, JR 1977, 119 ff.

- v. Hirsch, *Andreas/Schorschner, Vivian C.*, Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von „Solidarität“ oder Altruismus?, in: v. Hirsch, *Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt* (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden 2013, S. 77 ff.
- Hirsch, Hans Joachim*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.05.1979 – 1 StR 74/79, JR 1980, 115 ff.
- Hirt, Almuth/Maisack, Christoph/Moritz, Johanna/Felde, Barbara*, *Tierschutzgesetz mit TierSchHundeV, TierSchNutztV, TierSchVersV, TierSchTrV, EU-Tiertransport-VO, TierSchlV, EU-Tierschlacht-VO*. Kommentar, 4. Aufl., München 2023 (zit. *Hirt/Maisack/Moritz/Felde/Bearbeiter*).
- Hobbes, Thomas*, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, hrsg. und eingeleitet von *Iring Fetscher*, übersetzt von *Walter Euchner*, 16. Aufl., Frankfurt a. M. 2017.
- Höffe, Otfried* (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte*, 5. Aufl., Tübingen 2013.
- Ders.*, (Hrsg.), *John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit. Klassiker Auslegen Band 15*, 3. Aufl., Berlin 2013.
- Ders.*, (Hrsg.), *John Rawls: Politischer Liberalismus. Klassiker Auslegen Band 49*, Berlin 2015.
- Ders.*, *Gerechtigkeit denken. John Rawls' epochale politische Philosophie*, Freiburg 2021.
- Ders.*, *Kritik der Freiheit. Das Grundproblem der Moderne*, 2. Aufl., München 2021.
- Hoffmann, Roland*, *Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*, Paderborn 1992.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, *Übergang der Polizeigewalt auf Private? Überlegungen zur Entwicklung gewerblicher Sicherheitskräfte*, ZRP 1977, 277 ff.
- Ders.*, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*, AöR 130 (2005), 5 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Baden-Baden 2002.
- Homann, Vanessa*, *Heiligt der Zweck alle Mittel? – Die Strafbarkeit der „Letzten Generation“ im Rahmen ihrer Klimaproteste Teil I: Einzelne Straftatbestände*, JA 2023, 554 ff.
- Dies.*, *Heiligt der Zweck alle Mittel? – Die Strafbarkeit der „Letzten Generation“ im Rahmen ihrer Klimaproteste Teil II: Mögliche Rechtfertigungsgründe*, JA 2023, 649 ff.
- Honer, Mathias*, *Das verfassungstheoretische System als Betrachtungsebene des Verfassungsrechts*, Der Staat 61 (2022), 235 ff.
- Ders.*, *Die Grundrechtswirkung zwischen Privaten*, DÖV 2023, 411 ff.
- Ders.*, *Ziviler Ungehorsam in der freiheitlichen Demokratie des Grundgesetzes*, JuS 2023, 408 ff.
- Horn, Hans-Detlef*, *Demokratie*, in: *Deppenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010, § 22.
- Hörnle, Tatjana*, *Justice as Fairness – Ein Modell auch für das Strafverfahren?*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 ff.
- Dies.*, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt a. M. 2005.
- Dies.*, *Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe*, ZStW 117 (2005), 801 ff.
- Dies.*, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, NJW 2008, 2085 ff.
- Dies.*, *Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)*, JuS 2009, 873 ff.

- Dies.*, Strafrecht und Rechtsphilosophie: Traditionen und Perspektiven, in: Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/Paulis, Christoph G./Schröder, Rainer/Werle, Gerhard (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart, Zukunft, Berlin 2010, S. 1265 ff.
- Dies.*, Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottge, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin 2011, S. 3 ff.
- Dies.*, Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft, in: Tiedemann, Klaus/Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/Buchard, Christoph/Brodowski, Dominik (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden 2015, S. 289 ff.
- Dies.*, Stärken und Schwächen der deutschen Strafrechtswissenschaft, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, S. 183 ff.
- Dies.*, Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt? in: dies./Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 149 ff.
- Dies.*, Die subjektiven Rechte der Angehörigen von Mordopfern – und ihre Relevanz für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO, GA 2022, 184 ff.
- Dies.*, Trends in angloamerikanischen Debatten zu Straftheorien, GA 2023, 1 ff.
- Dies.*, Die Grenzen für politische Proteste, JRE 31 (2023), 15 ff.
- Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf* (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021.
- Horter, Tillmann/Zimmermann, Till*, Die Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch die allgemeinen Notrechte (Teil 1), GA 2023, 440 ff.
- Dies.*, Die Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch die allgemeinen Notrechte (Teil 2), GA 2023, 481 ff.
- Hotz, Dominik*, Anmerkung zu OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2066.
- Hoven, Elisa*, Die „Triage“-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 2020, 449 ff.
- Hoyer, Andreas*, Wie wesentlich muss das „wesentlich überwiegende Interesse“ bei § 34 StGB überwiegen?, in: Hettinger, Michael/Zopfs, Jan/Hillenkamp, Thomas/Köhler, Michael/Rath, Jürgen/Streng, Franz/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, S. 173 ff.
- Hruschka, Joachim*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Lüttger, Hans (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977, S. 189 ff.
- Ders.*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, 385 ff.
- Ders.*, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?, NJW 1980, 21 ff.
- Ders.*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2. Aufl., Berlin 1987.
- Huber, Berthold/Mantel, Johanna* (Hrsg.), AufenthG/AsylG mit Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80. Kommentar, 3. Aufl., München 2021 (zit. Huber/Mantel/Bearbeiter).
- Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 1–3, 8. Aufl., München 2024 (zit. Huber/Voßkuhle/Bearbeiter).
- Hubmann, Heinrich*, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), 85 ff.
- Hufen, Friedhelm*, Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 273 ff.
- Ders.*, Selbstbestimmtes Sterben – Das verweigerte Grundrecht, NJW 2018, 1524 ff.

- Ders., *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl., München 2024.
- Ders., *Staatsrecht II – Grundrechte*, 10. Aufl., München 2023.
- Hufen, *Friedhelm/Siegel, Thorsten*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 7. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Husak, *Douglas*, *Does the State Have a Monopoly to Punish Crime?*, in: Flanders, Chad/Hoskins, Zachary (Hrsg.), *The New Philosophy of Criminal Law*, London 2016, S. 97 ff.
- Huster, *Stefan*, *Wer hat Angst vor der Triage? Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen und ihre normative Bedeutung*, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen 2021, S. 83 ff.
- Hyckel, *Jonas*, *Über die Relativität der Wahrheit im Prozess*, RW 2021, 222 ff.
- Isensee, *Josef*, *Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates. Zur Legitimationskrise des modernen Staates*, in: Müller, Georg/Rhinow, René A./Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius (Hrsg.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel 1982, S. 23 ff.
- Ders., *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin 1983.
- Ders., *Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte*, in: Franßen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto/Wilke, Dieter (Hrsg.), *Bürger – Richter – Staat. Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, München 1991, S. 39 ff.
- Jahn, *Matthias*, *Das Strafrecht des Staatsnotstands. Die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe und ihr Verhältnis zu Eingriff und Intervention im Verfassungs- und Völkerrecht der Gegenwart*, Frankfurt a. M. 2004.
- Ders., *Strafrecht BT: Nötigung und Sachbeschädigung – Gewaltbegriff und Minderung der Gebrauchstauglichkeit von Äckern bei Umweltprotestaktionen gegen „Amflora“-Genkartoffel*, JuS 2012, 1140 ff.
- Ders., *Strafrecht AT: Rechtfertigender Notstand – Zur Rechtfertigung einer „Feldbefreiung“*, JuS 2013, 1139 ff.
- Jahn, *Matthias/Wenglarczyk, Fynn*, *Organisierte Klimaproteste und Strafverfassungsrecht*, JZ 2023, 885 ff.
- Jakobs, *Günther*, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin 1991.
- Ders., *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, in: Asada, Kazushige (Hrsg.), *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Seji Saito zum 70. Geburtstag*, Tokyo 2003, S. 17 ff.
- Jarass, *Hans D.*, *Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar*, 14. Aufl., München 2022 (zit. Jarass).
- Jauernig, *Othmar*, *Materielles Recht und Prozessrecht*, JuS 1971, 329 ff.
- Jeand'Heur, *Bernd*, *von der Gefahrenabwehr als staatlicher Aufgabe zum Einsatz privater Sicherheitskräfte – Einige rechtspolitische und verfassungsrechtliche Anmerkungen*, AöR 119 (1994), 107 ff.
- Jellinek, *Georg*, *Allgemeine Staatslehre*, 7. Nachdruck der 3. Aufl. 1913, Darmstadt 1959.
- Jescheck, *Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Jestaedt *Matthias*, *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Paderborn 2009.
- Ders., *Verfassungstheorie als Disziplin*, in: Depenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen 2010, § 1.

- Jobst, Simon*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 ff.
- Joerden, Jan C.*, § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, GA 1991, 411 ff.
- Ders.*, Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsoffer, GA 1993, 245 ff.
- Ders.*, Solidaritätspflichten und Strafrecht, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 49 ff.
- Kämmerer, Jörn Axel*, Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, in: Kluth, Winfried/Müller, Martin/Peilers, Andreas (Hrsg.), Wirtschaft – Verwaltung – Recht. Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag, Köln 2008, S. 595 ff.
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kants Werke in 12 Bänden, Band VIII, 18. Aufl., Frankfurt a. M. 2017.
- Ders.*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kants Werke in 12 Bänden, Band IX, 18. Aufl., Frankfurt a. M. 2017 (zit. Über den Gemeinspruch).
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, hrsg. von Mitsch, Wolfgang, 5. Aufl., München 2018 (zit. KKOWiG/Bearbeiter).
- Karpen, Ulrich*, „Ziviler Ungehorsam“ im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, 249 ff.
- Kaufmann, Arthur*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 327 ff.
- Ders.*, Zum Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Recht und Moral, in: Denninger, Erhard/Hinz, Manfred O./Mayer-Trasch, Peter/Cornelius/Roellecke, Gerd (Hrsg.), Kritik und Vertrauen. Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1990, S. 158 ff.
- Keller, Alexander/Zetsche, Thorsten*, Anmerkung zu LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14, StV 2018, 337 ff.
- Keller, Rainer*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, Berlin 1989.
- Kelsen, Hans*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2. Aufl., Tübingen 1928.
- Ders.*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Neudruck der 2. Aufl. 1929, Aalen 1963.
- Ders.*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Neudruck der 2. Aufl. 1923, Aalen 1984.
- Ders.*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, hrsg. von Matthias Jestaedt, Wien 2017.
- Ders.*, Allgemeine Staatslehre, Studienausgabe der Originalausgabe 1925, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2019.
- Kersting, Wolfgang*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1994 (zit. Gesellschaftsvertrag).
- Ders.*, Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl., Paderborn 2007.
- Kienapfel, Diethelm*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.01.1976 – 1 StR 739/75, JR 1977, 27 f.
- Kindhäuser, Urs*, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a. M. 1989.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, JZ 2022, 961 ff.

- Dies.*, Grundrechte – Staatsrecht II, 39. Aufl., Heidelberg 2023 (zit. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte).
- Kischel, Uwe*, Rechtsvergleichung, München 2015.
- Klein, Eckart*, Staatliches Gewaltmonopol, in: Deppenheuer, Otto/Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 19.
- Klingbeil, Stefan*, Die Not- und Selbsthilferechte – Eine dogmatische Rekonstruktion, Tübingen 2017.
- Kloepfer, Michael*, Katastrophenschutzrecht. Strukturen und Grundfragen, *VerwArch* 98 (2007), 163 ff.
- Ders.*, Verfassungsrecht Band II – Grundrechte, München 2010.
- Ders.*, Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016.
- Kneihs, Benjamin*, Privater Befehl und Zwang. Verfassungsrechtliche Bedingungen privater Eingriffsgewalt, Wien 2004.
- Ders.*, Verfassungsfragen des so genannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts, *Der Staat* 44 (2005), 265 ff.
- Koch, Arndt*, „Spanner-Fall“ – Notstandslage bei Dauergefahr, Interessenabwägung im „Defensivnotstand“. Entscheidung des BGH zur Reichweite von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen bei Abwehrmaßnahmen gegenüber einem wiederkehrenden Spanner, *JA* 2006, 806 ff.
- Köhler, Michael*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1997.
- Ders.*, Ursprünglicher Gesamtbesitz, ursprünglicher Erwerb und Teilhabeberechtigkeit, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, S. 247 ff.
- Ders.*, Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit, Tübingen 2017.
- Koller, Peter/Hiebaum, Christian* (Hrsg.), Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung, Klassiker auslegen Band 62, Berlin 2016.
- König, Achim-Volker/Papsthart, Christian*, Waffengesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit. König/Papsthart/Bearbeiter).
- Krell, Paul*, Welche Lehren lassen sich aus der Kritik am Umweltstrafrecht für das Klimastrafrecht ziehen?, *GA* 2023, 81 ff.
- Kröger, Klaus*, Forum: Die vernachlässigte Friedenspflicht des Bürgers, *JuS* 1984, 172 ff.
- Kröpil, Karl*, Ziviler Ungehorsam und strafrechtliches Unrecht, *JR* 2011, 283 ff.
- Krüger, Herbert*, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Ehmke, Horst/Kaiser, Joseph H./Kewenig, Wilhelm A./Meessen, Karl Matthias/Rüfner, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 285 ff.
- Krüger, Matthias*, Anmerkung zum Urteil des AG Zerbst vom 14.11.2003 – 8 Cs 131 Js 28731/02, *NJ* 20004, 184 f.
- Krüper, Julian*, Das Glück der größten Zahl – Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat, *ZJS* 2009, 477 ff.
- Kubiciel, Michael*, Die Strafrechtswissenschaft als kritische Wissenschaft, in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 143 ff.
- Ders.*, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, *JZ* 2018, 171 ff.
- Ders.*, Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette/Magnus, Dorothea/Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband I, Berlin 2020, S. 529 ff.

- Ders., Strafrechtliche Metatheorien, in: Koch, Arndt/Kubiciel, Michael/Wollenschläger, Ferdinand/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg, Tübingen 2021, S. 183 ff.
- Ders., Der Kampf ums Strafrecht, JZ 2024, 167 ff.
- Kudlich, Hans, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, Anwendbarkeit und Konsequenzen eines ungeschriebenen Missbrauchsverbots für die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse, Berlin 1998.
- Ders., Das Zeug ist nur zur Schmerztherapie ... mhmm, na klar!, Besprechung von BGH, Beschluss vom 28.6.2016 – 1 StR 613/15, JA 2017, 71 ff.
- Kühl, Kristian, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S. 815 ff.
- Ders., Zur Aktualität der Prinzipien der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, S. 273 ff.
- Ders., Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 143 ff.
- Ders., Freiheit und Solidarität bei den Notrechten. Rechtsphilosophische Überlegungen auf der Basis der praktischen Philosophie Kants, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 259 ff.
- Ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2012.
- Ders., Zur Anwendung des Solidaritätsbegriffs auf die unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 93 ff.
- Kühnbach, Lena, Solidaritätspflichten Unbeteiligter. Dargelegt am Beispiel von Aggressivnotstand, Defensivnotstand, unterlassener Hilfeleistung und polizeilichem Notstand, Baden-Baden 2007.
- Kühne, Hans-Heiner/Kühne, Armin, Rechtfertigung durch Moral? Die „Letzte Generation“ und die Rettung der Welt, StV 2023, 560 ff.
- Kunz, Karl-Ludwig, Die organisierte Nothilfe. Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme von Notrechten durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen und „Bürgerwehren“, ZStW 95 (1983), 973 ff.
- Küper, Winfried, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474 ff.
- Ders., Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten. Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 27.1.1976, JZ 1976, 515 ff.
- Ders., Das „Wesentliche“ am „wesentlich überwiegenden Interesse“. Zur Interpretation der Interessenabwägungsformel des § 34 StGB, GA 1983, 289 ff.
- Ders., Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstands, Heidelberg 1986.
- Ders., „Es kann keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte.“ – Immanuel Kants Kritik des Notrechts, in: Zaczyk, Rainer/Köhler, Michael/Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag, Berlin 1998, S. 285 ff.
- Ders., Immanuel Kant und das Brett des Carneades. Das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre, Heidelberg 1999.

- Ders.*, Von Kant zu Hegel – Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren, JZ 2005, 105 ff.
- Küpper, Georg*, Begriff und Grund der Rechtsgeltung in der aktuellen Diskussion, Rechtstheorie 22 (1991), 71 ff.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., München 2023 (zit. Lackner/Kühl/Bearbeiter).
- Ladeur, Karl-Heinz*, Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts. Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 187 ff.
- Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996.
- Lampe, Ortrun*, Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, 88 ff.
- Landau, Herbert*, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, 121 ff.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995.
- Lassahn, Philipp*, Die neuen „Bürgerwehren“ und das staatliche Gewaltmonopol, AÖR 143 (2018), 471 ff.
- Lee, Hyung Kook*, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, Heidelberg 1978.
- Lee, Youngjae*, The Defense of Necessity and Powers of the Government, Criminal Law and Philosophy 3 (2009), 133 ff.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*
- Dritter Band, §§ 32 bis 37, hrsg. von Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm, 13. Aufl., Berlin 2019 (zit. LK/Bearbeiter).
  - Siebter Band, §§ 80 bis 121, hrsg. von Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm, 13. Aufl., Berlin 2021 (zit. LK/Bearbeiter).
  - Achter Band, §§ 123 bis 145d, hrsg. von Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm, 13. Aufl., Berlin 2021 (zit. LK/Bearbeiter).
  - Neunter Band, 1. Teilband, §§ 263 bis 266b, hrsg. von Laufhütte, Heinrich-Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus, 12. Aufl., Berlin 2012 (zit. LK/Bearbeiter).
  - Achtzehnter Band, §§ 323a bis 330d, hrsg. von Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm, 13. Aufl., Berlin 2022 (zit. LK/Bearbeiter).
- Leisner, Walter*, Demokratie – eine „friedliche Staatsform“? Zu Friedenspflicht und Gewaltmonopol im Innern, JZ 2005, 809 ff.
- Leisner-Egensperger, Anna*, Impfpriorisierung und Verfassungsrecht, NJW 2021, 202 ff.
- Leitmeier, Lorenz*, Ziviler Ungehorsam und autoritärer Legalismus?, HRRS 2023, 70 ff.
- Lenckner, Theodor*, Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), Tübingen 1965.
- Ders.*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, 295 ff.
- Ders.*, The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification, Brigham Young University Law Review 1986, 645 ff.
- Ders.*, Das Merkmal der „Nicht-anders-Abwendbarkeit“ der Gefahr in den §§ 34, 35 StGB, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S. 95 ff.

- Ders., Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmissbrauchs im Strafrecht, in: Gamm, Otto Friedrich Freiherr von/Raisch, Peter/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofs, Köln 1988, S. 27 ff.
- Ders., Strafrecht und ziviler Ungehorsam – OLG Stuttgart, NStZ 1987, 121, JuS 1988, 349 ff.
- Ders., Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein „übergesetzlicher“ Rechtfertigungsgrund?, in: Hauser, Robert/Rehberg, Jörg/Stratenwerth, Günter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich, 1989, S. 243 ff.
- Lenk, Maximilian, Staatliche Macht und Ohnmacht – Zum Schutz von Allgemeingütern im Strafrecht im Zusammenhang mit staatlichem Versagen, ZStW 132 (2020), 56 ff.
- Lepsius, Oliver, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklung in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994.
- Ders., Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999.
- Ders., Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 52 (2013), 157 ff.
- Lerche, Peter/Schmitt Glaeser, Walter/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, Heidelberg 1984.
- Lesch, Heiko Hartmut, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.02.1993 – 3 StR 356/92, StV 1993, 578 ff.
- Ders., Notwehrrecht und Beratungsschutz – Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs. 1 StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht, Paderborn 2000.
- Ders., Die Notwehr, in: Widmaier, Gunter/Lesch, Heiko/Müssig, Bernd/Wallau, Rochus (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 81 ff.
- Lindner, Josef Franz, Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, Tübingen 2017.
- Ders., Die „Triage“ im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, 723 ff.
- Ders., Recht, Gerechtigkeit und Politik. Ein Beitrag zum Rechtspositivismus, in: Koch, Arndt/Kubiciel, Michael/Wollenschläger, Ferdinand/Wurmnest, Wolfgang (Hrsg.), 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg, Tübingen 2021, S. 203 ff.
- v. Liszt, Franz/Schmidt, Eberhard, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin 1927.
- Locke, John, Two Treatises of Government. Edited with an introduction and notes by Peter Laslett, 17. Aufl., Cambridge 2005.
- Lohmann, Georg, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Gosepath, Stefan/Lohmann, Georg (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1999, S. 62 ff.
- Lorenz, Dieter, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105 (1980), 624 ff.
- Lorenz, Jörn, Die „Schreibtisch-Schleusung“ – eine Einführung in das Ausländerstrafrecht, NStZ 2002, 640 ff.
- Lorz, Albert/Metzger, Ernst, Tierschutzgesetz mit Allgemeiner Verwaltungsvorschrift, Art. 20a sowie zugehörigen Gesetzen, Rechtsverordnungen und Rechtsakten der Europäischen Union. Kommentar, 7. Aufl., München 2019 (zit. Lorz/Metzger).
- Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Band: Einleitung, §§ 1–47, hrsg. von Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalman-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander, 27. Aufl., Berlin 2016 (zit. Löwe/Rosenberg/Bearbeiter).

- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes, ZParl 11 (1980), 110 ff.
- Ludwig, Dominik*, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrerfordernisse des Polizeirechts, Frankfurt a.M. 1991.
- Luhmann, Niklas*, Formen des Helfens im Wandel gesellschaftlicher Bedingungen, in: ders., Soziologische Aufklärung 2 – Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 6. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 167 ff.
- Ders.*, Legitimation durch Verfahren, 11. Aufl., Frankfurt a.M. 2019.
- Lund, Nils*, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, NStZ 2023, 198 ff.
- Lüthge, Benedikt/Klein, Maximilian L.*, Die materielle Genehmigungsfähigkeit im Umweltstrafrecht: Bekanntes Problem, neue Ansätze, ZStW 129 (2017), 48 ff.
- Magnus, Dorothea*, Notstandsrechtfertigung von Klimaaktivisten?, JR 2024, 9 ff.
- Mahlberg, Lothar*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, Berlin, 1988.
- Maihöld, Harald*, Jenseits weltanschaulicher Ideologien? – Zur Einführung und Begründung der allgemeinen Nothilfepflicht im Schweizerischen Strafrecht, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 131 ff.
- Malaviya, Nina*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen, Tübingen 2009.
- Martin, Shaun P.*, The Radical Necessity Defense, University of Cincinnati Law Review 73 (2005), 1527 ff.
- Martins, Antonio*, Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutslehre, ZStW 125 (2013), 234 ff.
- Matravers, Matt*, Political Theory and the Criminal Law, in: Duff, R. A./Green, Stuart (Hrsg.), Philosophical Foundations of Criminal Law, Oxford 2011, S. 67 ff.
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim* (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 2. Aufl., München 2020 (zit. *Matt/Renzikowski/Bearbeiter*).
- Matz, Ulrich*, Zur Legitimation staatlicher Gewaltanwendung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Randelzhofer, Albrecht/Süß, Werner (Hrsg.), Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz. Vorträge und Diskussionen einer Veranstaltung der Freien Universität Berlin vom 6. bis 8. Dezember 1984, Berlin 1986, S. 336 ff.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl., München 2024 (zit. *Maurer/Waldhoff, AllgVwR*).
- Meißner, Andreas*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), Berlin 1990.
- Merkel, Reinhard*, Zaungäste? Über die Vernachlässigung philosophischer Argumente in der Strafrechtswissenschaft (und einige verbreitete Missverständnisse zu § 34 S. 1 StGB), in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a.M. 1995, S. 171 ff.
- Ders.*, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, JZ 2007, 373 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 3.2.2017 – 3 C 19.15 (OVG Münster), MedR 2017, 828 ff.
- Merten, Detlef*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, Tübingen 1975.
- Ders.*, Konstruktionsprinzipien staatlicher Gewalt im Verfassungsstaat der Bundesrepublik, in: Randelzhofer, Albrecht/Süß, Werner (Hrsg.), Konsens und Konflikt – 35 Jahre Grund-

- gesetzt. Vorträge und Diskussionen einer Veranstaltung der Freien Universität Berlin vom 6. bis 8. Dezember 1984, Berlin 1986, S. 324 ff.
- Metz, Jochen*, Wahrheit im Strafverfahren, ZStW 133 (2021), 447 ff.
- Meyer, Frank*, Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage eines Solidaritätsprinzips, GA 2004, 356 ff.
- Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 67. Aufl., München 2024, hrsg. von Schmitt, Bertram/Köhler, Marcus (zit. Meyer-Goßner/Schmitt/Bearbeiter).
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte, 8. Aufl., Baden-Baden 2023.
- Michalke, Regina*, Umweltstrafsachen, 3. Aufl., Heidelberg 2022.
- Mitsch, Wolfgang*, Notwehr gegen Schwangere, JR 2006, 450 ff.
- Ders.*, Notwehr gegen „Klimakleber“, JZ 2023, 230 ff.
- Möhrenschlager, Manfred*, Anmerkung zum Urteil des LG Bremen vom 03.06.1981 – 17 Ns 71 Js 19/80, NStZ 1982, 165 f.
- Möllers, Christoph*, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008.
- Ders.*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2008), S. 47 ff.
- Ders.*, Kognitive Gewaltengliederung, in: Röhl, Hans Christian (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung, Beiheft 9, Berlin 2010, S. 113 ff.
- Ders.*, Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Ders.*, Die verfassungsrechtliche Missbilligung eines materialisierten Volksbegriffs als Element des Schutzes der Verfassung, Der Staat 62 (2023), 181 ff.
- Möllers, Thomas M. J.*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.
- Morlok, Martin/Michael, Lothar*, Staatsorganisationsrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2023.
- Müller, Christian*, Das staatliche Gewaltmonopol – Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013.
- Müller-Christmann, Bernd*, Überschreiten der Notwehr – BGHSt 39, 133, JuS 1994, 649 ff.
- v. Münch/Kunig*, Grundgesetz Kommentar, Band 1 und 2, hrsg. von Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus, 7. Aufl., München 2021 (zit. v. Münch/Kunig/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 1, hrsg. von Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich, 4. Aufl., München 2019 (zit. MüKoInsO/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*
- Band 1, §§ 1–37, hrsg. von Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, 4. Aufl., München 2020 (zit. MüKoStGB/Bearbeiter).
  - Band 4, §§ 185–262, hrsg. von Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKoStGB/Bearbeiter).
  - Band 3, §§ 80–184k, hrsg. von Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, 4. Aufl., München 2021 (zit. MüKoStGB/Bearbeiter).
  - Band 6, §§ 298–358, hrsg. von Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, 4. Aufl., München 2022 (zit. MüKoStGB/Bearbeiter).
  - Band 7, Nebenstrafrecht I, hrsg. von Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, 4. Aufl., München 2022 (zit. MüKoStGB/Bearbeiter).
  - Band 9, Nebenstrafrecht III, hrsg. von Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, 4. Aufl., München 2022 (zit. MüKoStGB/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*
- Band 1, §§ 1–150, hrsg. von Kudlich, Hans, 2. Aufl., München 2023 (zit. MüKoStPO/Bearbeiter).

- Band 2, §§ 152–332, hrsg. von Schneider, Hartmut, 2. Aufl., München 2024 (zit. *MüKoStPO/Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1–354, hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 6. Aufl., München 2020 (zit. *MüKoZPO/Bearbeiter*).
- Murswiek, Dieter*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Begr./Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 21. Aufl., München 2024 (zit. *Musielak/Voit/Bearbeiter*).
- Neuheuser, Stephan*, Die Duldungspflicht gegenüber rechtswidrigem hoheitlichen Handeln im Strafrecht, Aachen 1996.
- Neumann, Ulfrid*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 101 (1989), 52 ff.
- Ders.*, Besprechung von Andreas Meißner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), GA 1992, 93 ff.
- Ders.*, Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral, JRE 2 (1994), 81 ff.
- Ders.*, Buchbesprechung zu Pawlik, Michael: Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Berlin: de Gruyter. 2002. 365 S., ZStW 2004, 751 ff.
- Ders.*, Wahrheit im Recht – Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, Baden-Baden 2004.
- Ders.*, Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 155 ff.
- Ders.*, Necessity/Duress, in: Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford 2014, S. 583 ff.
- Ders.*, Dezision statt Argumentation? Zur (post)modernen Kritik der Rechtsgutslehre, in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 183 ff.
- Ders.*, Rechtspositionen, Rechtsgüter und Rettungsinteressen in der aktuellen Diskussion zu Problemen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB), in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünwald, Anette/Magnus, Dorothea/Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Teilband I, Berlin 2020, S. 791 ff.
- Neuner, Jörg*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851 ff.
- Noll, Andreas*, Protestaktionen und klimaspezifische Rechtfertigungsgründe. Der Klimawandel ist im Strafrecht angekommen. Gleichzeitig eine Kommentierung des bundesgerichtlichen Leitentscheids BGW 147 IV 297, Bern 2022.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 3 und 4, hrsg. von Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich/Saliger, Frank, 6. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. *NK/Bearbeiter*).
- Nourse, V. F.*, Reconceptualizing Criminal Law Defenses, University of Pennsylvania Law Review 151 (2003), 1691 ff.
- Nozick, Robert*, Anarchy, State and Utopia, mit neuem Vorwort von Thomas Nagel, New York 2013.

- Oğlakcioğlu, Mustafa Temmuz*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts. Zugleich eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982, Berlin 2013.
- Ossenbühl, Fritz*, Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts, DÖV 1981, 1 ff.
- Ders.*, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Müller, Georg/Rhinow, René/Schmid, Gerhard/Wildhaber, Luzius (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, S. 183 ff.
- Ders.*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, NVwZ 1982, 465 ff.
- Ostendorf, Heribert*, Forum: Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Hausbesetzungen, JuS 1981, 640 ff.
- Otto, Harro*, Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs durch Kontaktpersonen der Polizei bei Aufklärung von Rauschgifthandel, NJW 1973, 667 f.
- Paglotke, Christoph*, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozesssituationen, Frankfurt a. M. 2006.
- Paulus, Rainer*, Prozessuale Wahrheit und Revision, in: Seebode, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin 1992, S. 687 ff.
- Pawlik, Michael*, Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur, GA 1995, 360 ff.
- Ders.*, Die Notwehr nach Kant und Hegel, ZStW 114 (2002), 259 ff.
- Ders.*, Der rechtfertigende Defensivnotstand, Jura 2002, 26 ff.
- Ders.*, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002.
- Ders.*, Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, GA 2003, 12 ff.
- Ders.*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, 1045 ff.
- Ders.*, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012.
- Ders.*, Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstands, JRE 22 (2014), 137 ff.
- Ders.*, Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre, GA 2014, 369 ff.
- Payer, Andrés*, Klimawandel als strafrechtlicher Notstand. Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/llb vom 13. Januar 2020, sui-generis 2020, 226 ff.
- Pelz, Christian*, Notwehr- und Notstandsrechte und der Vorrang obrigkeitlicher Hilfe, NStZ 1995, 305 ff.
- Perdomo-Torres, Jorge F.*, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, Baden-Baden 2011.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Eine Theorie der kollektiven Rechtsgüter: Überlegungen anhand der öffentlichen Gesundheit, GA 2021, 328 ff.
- Perschke, Stefan*, Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts nach dem 2. UKG, wistra 1996, 161 ff.
- Peters, Karl-Hugo*, „Wertungsrahmen“ und „Konflikttypen“ bei der „Konkurrenz“ zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen? Eine Kritik der Arbeit Seelmanns über das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, GA 1981, 445 ff.
- Petersen, Johannes*, Die Erforderlichkeit – Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei § 32 und § 34 StGB, JA 2017, 502 ff.
- v. der Pfordten, Dietmar*, Normativer Individualismus und das Recht, JZ 2005, 1069 ff.
- Ders.*, Was ist Recht? Ziele und Mittel, JZ 2008, 641 ff.

- Ders.*, Normative Ethik, Berlin 2010.
- Ders.*, Rechtsethik, 2. Aufl., München 2011.
- Ders.*, Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 103 ff.
- Pieroth, Bodo*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JuS 2010, 473 ff.
- Ders.*, Das staatliche Gewaltmonopol – ein Verfassungsrechtssatz?, in: Gutmann, Thomas/Pieroth, Bodo (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, Baden-Baden 2011, S. 53 ff.
- Pöcker, Markus*, Das Parlamentsgesetz im sachlich-inhaltlichen Steuerungs- und Legitimationsverbund, Der Staat 41 (2002), 616 ff.
- Popp, Andreas*, Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren. Eine Darstellung am Beispiel der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Berlin 2005.
- Poscher, Ralf*, Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung – Zur Geschichte, Theorie und Dogmatik des Verwaltungsvollstreckungsrechts, VerwArch 89 (1998), 111 ff.
- Ders.*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- Ders.*, Wahrheit im Recht. Die Wahrheitsfragen des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorie, ARSP 89 (2003), 200 ff.
- Ders.*, Wozu Juristen streiten. Eine agonistische Theorie juristischer Meinungsverschiedenheiten, JZ 2013, 1 ff.
- Ders.*, The Ultimate Force of the Law: On the Essence and Precariousness of the Monopoly on Legitimate Force, Ratio Juris 29 (2016), 311 ff.
- Preuß, Tamina*, Die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, NZV 2023, 60 ff.
- Quabeck, Christian*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, Tübingen 2010.
- Quaritsch, Helmut*, Staat und Souveränität. Band 1: Grundlagen, Frankfurt a. M. 1970.
- Rabe von Kühlewein, Malte*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht, Frankfurt a. M. 2001.
- Radbruch, Gustav*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), 105 ff.
- Ders.*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe der 3. Aufl. von 1932, hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003.
- Radtke, Henning*, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, Frankfurt a. M. 1994.
- Ders.*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19 ff.
- Rathgeber, Christian*, OLG Naumburg: „Feldbefreiungen“ können aufgrund der Gefahren der Gentechnik bei nichtiger Genehmigung oder Verstößen gegen Auflagen gerechtfertigt sein, FD-StrafR 2013, 347276.
- Rawls, John*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, dt. von Hermann Vetter, 22. Aufl., Frankfurt 2020.
- Ders.*, Politischer Liberalismus, dt. von Wilfried Hinsch, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 2021.
- Rehm, Titus*, Emanzipation durch Rechtsdogmatik? Am Beispiel der Diskussion um die Notwehrhilfe zugunsten von Tieren, RW 2021, 356 ff.

- Reichert-Hammer, Hansjörg*, Politische Fernziele und Unrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB, Berlin 1991.
- Reimer, Philipp*, Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül, Rechtstheorie 45 (2014), 383 ff.
- Ders.*, Verfahrenstheorie. Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen, Tübingen 2015.
- Rengier, Rudolf*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 874 ff.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 2023.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 25. Aufl., München 2024.
- Renzikowski, Joachim*, Notstand und Notwehr, Berlin 1994.
- Ders.*, Solidarität in Notsituationen – Ein historischer Überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 13 ff.
- Ders.*, Rechtfertigender Notstand zum Schutz von Tieren – zur Subsidiarität von privater Selbsthilfe gegenüber staatlichen Verfahren, in: Beckmann, Rainer/Duttge, Gunnar/Gärditz, Klaus Ferdinand/Hillgruber, Christian/Windhöfel, Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Berlin 2019, S. 355 ff.
- Richter, Florian*, Rechtfertigender Notstand zur Erhaltung von Arbeitsplätzen? Zur Notstandsfähigkeit des Interesses an der Arbeit, Berlin 2019.
- Rieß, Peter*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Hassenpflug, Helwig (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 155 ff.
- Rinio, Carsten*, Cannabis als Medizin – strafrechtlich betrachtet, Betrifft Justiz 2009, 83 ff.
- Rittstieg Helmut*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 21.08.1987 – 1 Ss 488/86, InfAuslR 1988, 17.
- Robles Planas, Ricardo*, Notwehr, Unternehmen und Vermögen. Zugleich zum Vorrang der rechtlich institutionalisierten Verfahren und den Einschränkungen des Notwehrrechts, ZIS 2018, 14 ff.
- Rogall, Klaus*, Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Alte Streitfragen, neues Recht, GA 1995, 299 ff.
- Rogers, Nicole*, „If You Obey All of the Rules You Miss All the Fun“: Climate Change Litigation, Climate Change Activism and Lawfulness, New Zealand Journal of Public and International Law 13 (2015), 179 ff.
- Röhl, Hans Christian* (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung, Beiheft 9, Berlin 2010.
- Ders.*, Der rechtliche Kontext der Wissenserzeugung, in: ders., (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung, Beiheft 9, Berlin 2010, S. 65 ff.
- Röhl, Klaus F.*, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice) – Einführung in den Themenbereich und Überblick, ZfRSoz 14 (1993), 1 ff.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln 2008.
- Rönnau, Thomas*, Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 ff.
- Ders.*, Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam, JuS 2023, 112 ff.
- Rorty, Richard*, Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie, in: ders., Solidarität oder Objektivität? Drei philosophische Essays, dt. von Joachim Schulte, Stuttgart 1988, S. 82 ff.

- Ders.*, Menschenrechte, Vernunft und Empfindsamkeit, in: *ders.*, Wahrheit und Fortschritt, dt. von Joachim Schulte, Frankfurt a. M. 2000, S. 241 ff.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Rosenberg/Schwab/Gottwald)
- Rösinger, Luna*, Der Rechtsgrund der Inanspruchnahme des Einen zugunsten des Anderen im sog. Aggressivnotstand, in: Papatthasiou, Konstantina/Schumann, Kay H./Schneider, Anne/Fernandes Godinho, Inês (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht. Normtheoretische Betrachtungen, Baden-Baden 2021, S. 129 ff.
- Rostalski, Frauke*, „Impfdrängelei“ – Ein Fall für das Strafrecht?, *medstra* 2021, 201 ff.
- Roxin, Claus*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., Berlin 1973.
- Ders.*, Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§ 34 StGB) – OLG Frankfurt, NJW 1975, 271, JuS 1976, 505 ff.
- Ders.*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Erster Halbband, Berlin 1985, S. 457 ff.
- Ders.*, Die notstandsähnliche Lage – ein Strafunrechtsausschlussgrund?, in: Herzberg, Rolf/Dietrich (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, Köln 1985, S. 181 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.02.1993 – 3 StR 356/92, NStZ 1993, 335 f.
- Ders.*, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Albrecht, Peter-Alexis/Ehlers, Alexander P.F./Lamott, Franziska/Pfeiffer, Christian/Schwind, Hans-Dieter/Walter, Michael (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, Köln 1993, S. 441 ff.
- Ders.*, Selbstständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion, in: Hettinger, Michael/Zopfs, Jan/Hillenkamp, Thomas/Köhler, Michael/Rath, Jürgen/Streng, Franz/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, S. 489 ff.
- Roxin, Claus/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020 (zit. *Roxin/Greco*, AT I).
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., München 2022.
- Ruder, Karl-Heinz*, Die polizei- und ordnungsrechtliche Unterbringung von Obdachlosen, NVwZ 2012, 1283 ff.
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz? Teil I, NStZ 1984, 193 ff.
- Ders.*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz? Teil II, NStZ 1984, 248 ff.
- Ders.*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung, in: Dornseifer, Gerhard/Horn, Eckhard/Schilling, Georg/Schöne, Wolfgang/Struensee, Eberhard/Zielinski, Diethart (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 371 ff.
- Ruffert, Matthias*, Die neue Prozeduralisierung – Zur Fortentwicklung der grundrechtlichen Verfahrensdimension in der neueren Verfassungsrechtsprechung, in: Geis, Max-Emanuel/Winkler, Markus/Bickenbach, Christian (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung. Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, München 2015, 511 ff.
- Ders.*, Privatrechtswirkung der Grundrechte. Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?, JuS 2020, 1 ff.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022.
- Sachs, Michael*, Zum Grundrecht auf Selbsttötung. Grundrechtsdogmatische Bemerkungen aus Anlass des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 – 3 C 19.15 –, BVerwGE 158, 142 ff., in: Bechmann, Rainer/Duttge, Gunnar/Gärditz, Klaus Ferdinand/

- Hillgruber, Christian/Windhöfel, Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Berlin 2019, S. 641 ff.
- Ders., (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. *Sachs/Bearbeiter*).
- Sack, Hans-Jürgen, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.11.1996 – 2 StR 323/96, JR 1997, 254 f.
- Saliger, Frank, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg 1995.
- Ders., Das Dambruchargument in Medizinrecht und Medizinethik, JRE 15 (2007), 633 ff.
- Ders., Kontraktualistische Solidarität: Argumente des gegenseitigen Vorteils, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 61 ff.
- Ders., Umweltstrafrecht, 2. Aufl., München 2020.
- Sarfraz, Nadim, Ziviler Ungehorsam zum Schutz des Klimas im Lichte der Rechtfertigungsdogmatik, in: Satzger, Helmut/v. Maltitz, Nicolai, Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz, Baden-Baden 2024, S. 541 ff.
- Satzger, Helmut, Der Schutz ungeborenen Lebens durch Rettungshandlungen Dritter, JuS 1997, 800 ff.
- Ders., Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht, 10. Aufl., Baden-Baden 2022.
- Satzger, Helmut/v. Maltitz, Nicolai, Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft, ZStW 133 (2021), 1 ff.
- Dies., Globales Klimastrafrecht: Reflexionen zum Strafanwendungsrecht zwischen Territorialität und Universalität, GA 2023, 63 ff.
- Sax, Walter, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.06.1959 – 1 StR 191/59, JZ 1959, 778 ff.
- Schaper, Jürgen, Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens. Ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und Grundbegriffe von Prozess und Prozessrecht, Berlin 1985.
- Scheinfeld, Jörg, Der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung in extremer Notlage, in: Beckmann, Rainer/Duttge, Gunnar/Gärditz, Klaus Ferdinand/Hillgruber, Christian/Windhöfel, Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Berlin 2019, S. 661 ff.
- Scheuerl, Walter/Glock, Stefan, Hausfriedensbruch in Ställen wird nicht durch Tierschutzziele gerechtfertigt. Anmerkung zu OLG Naumburg, Urt. v. 22.02.2018 – 2 Rv 157/17 und LG Magdeburg, Urt. v. 11.10.2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17), NStZ 2018, 448 ff.
- Scheuner, Ulrich, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, Opladen 1973.
- Schlacke, Sabine, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 ff.
- Ders., Klimaschutz im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905 ff.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Ein Studienbuch, 12. Aufl., München 2021 (zit. *Schlaich/Korioth*, BVerfG).
- Schmidhäuser, Eberhard, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 511 ff.
- Ders., Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin 1987, S. 77 ff.
- Schmidt, Eberhard, Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“, ZStW 49 (1929), 350 ff.

- Ders., Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz – Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964.
- Schmidt, Finn-Lauritz, Der „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand?, KlimR 2023, 16 ff.
- Ders., Zur Strafbarkeit von Straßenblockaden der „Letzten Generation“ wegen Nötigung und Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, KlimR 2023, 210 ff.
- Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, 9. korrigierte Aufl., Berlin 2015.
- Schneider, Anne, Entscheidungsbesprechung: Rechtfertigung aus Klimaschutzgründen – OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.09.2022 – 4 RVs 48/22, ZJS 2022, 928 ff.
- Schöbener, Burkhard/Knauff, Matthias, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., München 2023.
- Schoch, Friedrich, Der Verfahrensgedanke im Allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), 21 ff.
- Schoch, Friedrich/Eifert, Martin, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., München 2023
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Band I: VwGO, 44. EL (März 2023), München 2023 (zit. Schoch/Schneider/Bearbeiter).
- Scholz, Rupert, Rechtsfrieden im Rechtsstaat – Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgerungen, NJW 1983, 705 ff.
- Schön, Reinhard, Besetzung leerstehender Häuser – Hausfriedensbruch?, NJW 1982, 1126 ff.
- Schönberger, Sophie, Mehr Wissenschaft wagen! Die uneingelösten Versprechen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR 65 (2017), S. 511 ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Begr.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. Schönke/Schröder/Bearbeiter).
- Schröder, Meinhard, Private statt administrativer Durchsetzung des Öffentlichen Rechts?, Die Verwaltung 50 (2017), 309 ff.
- Schröder, Richard, Rechtfertigung von Klimaprotesten: Gibt es einen „strafrechtlichen Klimanotstand“ – und wenn ja wie viele?, GA 2023, 632 ff.
- Schröder, Ulrich Jan, Wovon der Staat lebt. Verfassungsvoraussetzungen vom Vormärz bis zum Grundgesetz, JZ 2010, 869 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: ders./Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 127 ff.
- Ders., Notstandslage bei Dauergefahr – BGH, NJW 1979, 2053, JuS 1980, 336 ff.
- Schüler-Springorum, Horst, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: Glotz, Peter (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt a. M. 1983, S. 76 ff.
- Schulte, Martin, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl 1995, 130 ff.
- Schumann, Kay H., Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat. Zur Rechtfertigung des beschuldigten „Berufsgeheimnispflichtigen“ (gemäß § 203 Abs. 1 StGB) bei Offenbarungen zu Lasten unbeteiligter Geheimnisträger, Baden-Baden 2016.
- Schünemann, Bernd, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda, ZIS 2016, 654 ff.
- Ders., Der Kampf ums Strafrecht, um dessen Wissenschaft, und seine jüngste Zuspitzung im „Doktorgate“. Überlegungen anlässlich des Rezensionaufsatzes von Kuhlen, ZIS 2020, 327, ZIS 2020, 479 ff.

- Schünemann, Wolfgang B.*, Selbsthilfe im Rechtssystem – Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 229 ff. BGB, Tübingen 1985.
- Schwabe, Jürgen*, Grenzen des Notwehrrechts, NJW 1974, 670 ff.
- Ders.*, Notwehrbefugnis und Grundrechte, RW 2011, 218 ff.
- Schwarz, Kyrill-Alexander*, Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam, NJW 2023, 275 ff.
- Seebode, Manfred*, Gesetzliche Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, in: Schlüchter, Ellen/Laubenthal, Klaus (Hrsg.), Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag, Köln 1990, S. 375 ff.
- Seelmann, Kurt*, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977), 36 ff.
- Ders.*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, Heidelberg 1978.
- Ders.*, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes. Die Strafbarkeit des Lockspitzels und des Verlockten, ZStW 95 (1983), 797 ff.
- Ders.*, Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht, in: v. Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013, S. 35 ff.
- Seidel, Theo*, Wegnahme eines Zündschlüssels zur Verhinderung einer Trunkenheitsfahrt – Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 25.07.1963 – (2) Ss 248/63, NJW 1964, 214.
- Sengbusch, René*, Die Subsidiarität der Notwehr. Zum Verhältnis von eigenhändiger Verteidigung und der Abwehr eines Angriffs durch staatliche oder private Helfer, Berlin 2008.
- Siep, Ludwig*, Vernunftrecht und Rechtsgeschichte, Kontext und Konzept der Grundlinien im Blick auf die Vorrede, in: ders. (Hrsg.), G.W.F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl., Berlin 2017, S. 1 ff.
- Slognsat, Florian*, Ne bis in idem – Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, ZStW 133 (2021), 741 ff.
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997.
- Sommermann, Karl-Peter*, Widerstandsrecht und demokratische Selbstbestimmung, Der Staat 54 (2015), 575 ff.
- Späth, Florian Jochen*, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, Berlin 2016.
- Spendel, Günter*, Wahrheitsfindung im Strafprozess, JuS 1964, 465 ff.
- Stahl, André*, Notwehr gegen Unterlassen, Baden-Baden 2015.
- Stam, Fabian*, Notstandshandlungen zugunsten von Kollektivrechtsgütern am Beispiel des Tierschutzes – Überlegungen anlässlich des Urteils des OLG Naumburg vom 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, in: ders./Werkmeister, Andreas (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung, Baden-Baden 2019, S. 171 ff.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019 (zit. Staudinger/Bearbeiter).
- Stelkens, Ulrich*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, DVBl 2010, 1078 ff.
- Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, hrsg. von Sachs, Michael/Schmitz, Heribert/Stelkens, Ulrich, 10. Aufl., München 2023 (zit. Stelkens/Bonk/Sachs/Bearbeiter).
- Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. Band I und III, 2. Aufl., München 2022 (zit. Bearbeiter, in: Stern/Sodan/Möstl, StaatsR I bzw. III).

- Sternberg-Lieben, Detlev*, Ein weiterer Rechtsprechungsschritt in die richtige Richtung – Gedanken zu zwei Entscheidungen des 5. Strafsenats (5 StR 132/18, 5 StR 393/18) zum ärztlich unterstützten Suizid, *medstra* 2020, 3 ff.
- Stober, Rolf*, Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe. Plädoyer für eine Police-Private-Partnership, *NJW* 1997, 889 ff.
- Stolteis, Michael*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945–1990, München 2012.
- Stratenwerth, Günter*, Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Oswald, Hans (Hrsg.), Macht und Recht. Festschrift für Heinrich Popitz zum 65. Geburtstag, Opladen 1990, S. 257 ff.
- Ders.*, Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 377 ff.
- Ders.*, Prozedurale Regelungen im Strafrecht, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Festschrift für Winfrid Hassemer, Heidelberg 2010, S. 639 ff.
- Stübinger, Stephan*, „Not macht erfinderisch“ – Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik – am Beispiel der Diskussion über den Abschuss einer sog. „Terrormaschine“, *ZStW* 123 (2011), 403 ff.
- Stückemann, Wolfgang*, Der getäuschte Hausrechtsinhaber, *JR* 1973, 414 f.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin 1998.
- Ders.*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre – Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, *GA* 2011, 653 ff.
- Ders.*, Die Erforschung der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Kudrato, Manuehr (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts, Frankfurt a. M. 2014, S. 39 ff.
- Ders.*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzungen von Strafbarkeit?, *ZStW* 129 (2017), 349 ff.
- Stürner, Rolf*, Prozesszweck und Verfassung, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln, 1990 S. 545 ff.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, §§ 1–37 StGB, hrsg. von Wolter, Jürgen, 9. Aufl., Köln 2017 (zit. SK/Bearbeiter).
- Talaska, Claudia Elisabeth*, Der Richtervorbehalt. Ein sinnvolles Element des Grundrechtsschutzes?, Hamburg 2007.
- Teuter, Leo/Diebel, Justine*, Umgang mit Btm zum Zweck der Eigenbehandlung, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urt. V. 05.06.2018 – 2 Ss 12/18, *StV* 2019, 344 ff.
- Thiel, Sven-Markus*, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Frankfurt a. M. 2000.
- Thorburn, Malcolm*, Justifications, Powers, and Authority, *Yale Law Journal* 117 (2008), 1070 ff.
- Ders.*, Reinventing the Night-Watchman State?, *University of Toronto Law Journal* 60 (2010), 425 ff.
- Ders.*, Criminal Law as Public Law, in: Duff, R. A./Green, Stuart (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford 2011, S. 21 ff.
- Ders.*, The Constitution of Criminal Law: Justifications, Policing and the State’s Fiduciary Duties, *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011), 259 ff.
- Ders.*, Punishment and Public Authority, in: du Bois-Pedain, Antje/Ulväng, Magnus/Asp, Petter (Hrsg.), *Criminal Law and the Authority of the State*, Oxford 2017, S. 7 ff.
- Ders.*, Criminal Punishment and the Right to Rule, *University of Toronto Law Journal* 70 (2020), 44 ff.

- Timpe, Gerhard*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehr-  
exzeß (§ 33 StGB), JuS 1985, 35 ff.
- Trute, Hans-Heinrich*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, in: Röhl, Hans Christian (Hrsg.),  
Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung, Beiheft 9, Berlin 2010,  
S. 11 ff.
- Volk, Klaus*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, Konstanz 1980.
- Vofskuhle, Andreas*, in: ders./Bumke, Christian/Meinel, Florian (Hrsg.), Verabschiedung und  
Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Der Staat, Beiheft 21,  
Berlin 2013, S. 371 ff.
- Wagner, Gerhard*, Klimaschutz durch die Gerichte, NJW 2021, 2256 ff.
- Wahl, Rainer*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauf-  
trag, VVDStRL 41 (1983), 151 ff.
- Waldhoff, Christian*, Staat und Zwang – Der Staat als Rechtsdurchsetzungsinstanz, Paderborn  
2008.
- Warda, Günter*, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, in: Schroeder, Friedrich-Christ-  
ian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe  
1972, S. 143 ff.
- Wassermann, Rudolf*, Die Rechtsordnung des politischen Kampfes in der verfassungsstaat-  
lichen Demokratie, JZ 1984, 263 ff.
- Weber, Klaus/Kornprobst, Hans/Maier, Stefan* (Hrsg.), Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittel-  
gesetz, Anti-Doping-Gesetz, Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz. Kommentar, 6. Aufl., Mün-  
chen 2021 (zit. Weber/Kornprobst/Maier/Bearbeiter).
- Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, besorgt von  
Johannes Winckelmann, 5. Aufl., Tübingen 1980.
- Ders.*, Politik als Beruf. Mit einem Nachwort von Ralf Dahrendorf, Ditzingen 2018.
- Weber-Klatt, Katrin*, Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten,  
Frankfurt a. M. 1997.
- Wegener, Bernhard*, Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klima-  
klagen gegen Staat und Private, NJW 2022, 425 ff.
- Werkmeister, Andreas*, Migrationspolitik mit den Mitteln des Strafrechts? Grundfragen des  
„Crimmigration Law“ am Beispiel der Strafbarkeit der unerlaubten Einreise, in: Albrecht,  
Anna H./Geneuss, Julia/Giraud, Alix/Pohlreich, Erol (Hrsg.), Strafrecht und Politik.  
6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Potsdam 2017, Baden-Baden  
2018, S. 187 ff.
- Ders.*, Strafrecht als Integrity. Zum Demokratieverständnis hinter der neueren Kritik an der  
Rechtsgutslehre, ARSP 109 (2023), 409 ff.
- Werner, Olaf*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat, Leipzig 1999.
- Wernicke, Konrad*, Anmerkung zu StA bei dem LG Mannheim, Einstellungsverfügung vom  
16.02.1976 – 41 Js 5656/75, NJW 1976, 1223 f.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat  
und ihr Aufbau, 53. Aufl., Heidelberg 2023.
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin*, Strafrecht Besonderer Teil 1. Strafta-  
ten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 47. Aufl., Heidelberg 2023.
- Wilenmann, Javier*, Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des De-  
fensivnotstands im Strafrecht, Tübingen 2014.
- Willoweit, Dietmar*, Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungs-  
prozess des modernen Staates, in: Randelzhofer, Albrecht/Süß, Werner (Hrsg.) Konsens

- und Konflikt – 35 Jahre Grundgesetz. Vorträge und Diskussionen einer Veranstaltung der Freien Universität Berlin vom 6. bis 8. Dezember 1984, Berlin 1986, S. 313 ff.
- Winkelbauer, Wolfgang*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988, 201 ff.
- Wittgenstein, Ludwig*, Logisch-philosophische Abhandlung – Tractatus logico-philosophicus. Kritische Edition, hrsg. von Brian McGuinness und Joachim Schulte, Frankfurt a. M. 1989.
- Wolf, Bernhard*, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.08.1987 – 1 Ss 488/86, StV 1988, 303.
- Wolff, Heinrich Amadeus*, Die dienende Funktion der Verfahrensrechte – eine dogmatische Figur mit Aussagekraft und Entwicklungspotential, in: Pitschas, Rainer/Uhle, Arnd (Hrsg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik. Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 977 ff.
- Wollenschläger, Burkard*, Wissensgenerierung im Verfahren, Tübingen 2009.
- Wollenschläger, Ferdinand*, Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, Tübingen 2010.
- Zabel, Benno*, Von der Schwierigkeit, das Strafrecht politisch zu denken. Interventionen einer kritischen Wissenschaft, KJ 55 (2022), 269 ff.
- Zaczyk, Rainer*, Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, Der Staat 50 (2011), 295 ff.
- Zerbes, Ingeborg*, Klimanotstand! Ein Beitrag zur Rechtfertigung zu Gunsten von Allgemeinrechtsgütern, in: Satzger, Helmut/von Maltitz, Nicolai (Hrsg.), Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz, Baden-Baden 2004, S. 503 ff.
- Zieschang, Frank*, Anmerkung zu AG Flensburg, Urt. v. 07.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, JR 2023, 141 ff.
- Zimmermann, Anton S.*, Die Folgen der Rechtswidrigkeit von Rechtsnormen, JA 2018, 249 ff.
- Zimmermann, Till*, Referendarexamensklausur – Strafrecht: Hinter Gittern, JuS 2011, 629 ff.
- Ders.*, Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, Baden-Baden 2009.
- Zimmermann, Till/Griesar, Fabio*, Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB, JuS 2023, 401 ff.
- Zippelius, Reinhold*, Allgemeine Staatslehre, 17. Aufl., München 2017
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2021
- Zivier, Ezra*, Rechtsprobleme des Gentechnikgesetzes im Bereich der Gefahrenabwehr bei legalem Verhalten, Berlin 1995.



## Sachregister

Fettgedruckte Ziffern verweisen auf vertiefte Ausführungen zum jeweiligen Stichwort.

- Abschuss eines Flugzeugs 121 f.  
Aktivismus 30 ff., 63, 111  
Aktivist *siehe* Aktivismus  
Anarchie 1, 6, 68, 278–280, 290, 473, 483  
Angemessenheit 103, 106, 153, **184–190**,  
197 f., 377, 482  
Angemessenheitsklausel *siehe* Angemessenheit  
Atypische Fälle 38 ff., 44, 59 ff., 79, 85,  
**391–396**, 398, 414  
Atypische Gefahr *siehe* atypische Fälle  
Atypische Not- und Katastrophenfälle *siehe*  
atypische Fälle  
Ausnahmestand 121 f., 270, 291, 294
- Beurteilungskompetenz *siehe* Beurteilungsspielraum  
Beurteilungsspielraum 84 f., 119, 123, 328,  
415, 423, 437  
Bürgerkrieg 1, 7, 213, 255–260, 275, 278 ff.,  
290  
Bürgerliche Friedenspflicht 28, 209, 255 ff.,  
261 f., 276, 281, 283 f., 290, 313, 440  
Bürgeropfer 121, 270  
Bürgerpflicht 117, 120 ff.
- CO<sub>2</sub>-Restbudget 461 f.  
Corona-Pandemie 458 ff.
- Dammbruchargument 279 f.  
Dauergefahr 11 f., 16 f., 433, 446, 451 f.  
Defensivnotstand 12, 138, **157–160**, 363 f.,  
445  
Demokratie 1, 4 ff., 29 f., 64 ff., 66–69, 84,  
110 ff., 114, 128 f., 131, 144, **145–157**, 205,  
207, 209, 211, 224–229, **229–249**, 250 ff.,  
262, 272 ff., 294 ff., 296 ff., 319, 323 f., 326,  
329–331, 332 f., 337, 358 f., 360–365, 373 f.,  
376, 379 f., 383 f., 395, 400–406, 407, 409,  
423, 428, 440, 456 ff., 464 f., 467, 470,  
473 ff., 482 f.  
Demokratieprinzip *siehe* Demokratie  
Demokratiethorie *siehe* Demokratie  
Demokratische Legitimationskette 241, 364  
Demokratisches Verfahren *siehe* Demokratie  
Dienende Funktion des Verfahrens  
324–328  
Diskursebenen 146–156, 288, 290  
Drittwirkung der Grundrechte **349–358**,  
435, 447, 448, 450, 472, 476, 479  
Duldungspflicht 66, 117 ff., 132, 135, 137,  
145, 153, 179 ff., 203, 212, 228, 282, 291,  
352 ff., 362 ff.  
Durchsetzungsdimension 211, 252 ff., 296,  
298, 334 f., 359,
- Eigentumstheorie 126 f., 153  
Eigenwert des Verfahrens 312, 324–329  
Eingriffsintensität 11, 16 f., 26 f., 32, 39,  
55–59, 65, 87, **174–184**, 367 f., 422, 450 f.,  
475  
Entscheidungsdimension 211, 244, 298, 302  
Entscheidungsprärogative  
– der Verwaltung 43, 52, 211  
– des Gesetzgebers 209, 211  
Erforderlichkeit 14, 26 f., 34, 39 f., 53, 55–59,  
67, 77, 89, 125, 168, **174–184**, 205, 367 f.,  
401, 451  
Ermessen 29, 31, 45 f., 285, 314, 320, 328,  
364, 373 ff., 379, 391, 397 f., 411 ff., 415 ff.,  
419, 423, 437 f., 452 f., 458, 463, 465 f.  
Ermessensreduzierung auf Null 31, 45, 285,  
374 f., 387, 412, 417, 437, 452 f., 465 f.

- Exemtionslehre 114 f., 281 f.  
 Exemtionstheorie *siehe* Exemtionslehre
- Friedlichkeitsvorbehalt der Grundrechte  
 261, 284, 443
- Geeignetheit 14, 19, 22, 28, 32, 35, 38,  
 55–59, 64 ff., 68 f., 174–184, 204 f., 367 f.,  
 401, 422, 425, 475
- Gefahrenabwehrmonopol 254
- Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff 10,  
 13, 36, 56, 79, 90, 167, 285, 445, 448
- Geltungsbegriffe *siehe* Rechtsgeltung
- Geltungsinteresse *siehe* Rechtsgeltung
- Geltungstheorien *siehe* Rechtsgeltung
- Gesetzeskonkurrenz 200, 204, 469
- Gewaltverbot 256, 274
- Grundnorm 122, 217, 306
- Grundrechtsschutz durch Verfahren 298,  
 342–358, 429–434, 435, 439, 466, 472
- Grundrechtsvoraussetzung 99, 261
- Güterabwägungslehre 98 f., 107 f., 131, 186 f.
- Güterabwägungsprinzip *siehe* Güter-  
 abwägungslehre
- Güterabwägungstheorie *siehe* Güter-  
 abwägungslehre
- Interessenabwägung 18, 20, 38, 43 ff., 49, 53,  
 87, 157, 159, 162 ff., 168, 171, 184–199, 200,  
 377, 393, 400, 464
- Interessenabwägungsformel *siehe* Interes-  
 senabwägung
- Interessenabwägungsklausel *siehe* Interes-  
 senabwägung
- Interessenabwägungslehre *siehe* Interes-  
 senabwägungsprinzip
- Interessenabwägungsprinzip 98–101, 105 f.,  
 107–116, 131, 136, 144, 145, 155, 351
- Klimaaktivismus 1, 3, 63, 66–69, 109, 255,  
 263, 278 ff., 400–406
- Klimabeschluss des BVerfG 401, 461
- Klimaschutzrecht 4, 279, 403 ff.
- Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen  
 80, 200–204, 409
- Kriminalpolitik 62, 107–116, 149–152, 155,  
 166 f., 169, 172, 205, 244 f., 419
- Kriminalpolitische Funktion des § 34 StGB  
*siehe* Kriminalpolitik
- Lex specialis *siehe* Spezialitätsgrundsatz
- Materielle Genehmigungsfähigkeit 44–47
- Materielle Rechtswidrigkeit 107
- Materieller Strafbegriff 108, 110, 115
- Materieller Verbrechensbegriff 108, 110 f.
- Mehrheitsprinzip 65, 231 f., 238, 240, 251
- Menschenrechtsvoraussetzung *siehe*  
 Grundrechtsvoraussetzung
- Naturzustand 178, 212–216, 229, 257, 281 f.,  
 298, 394
- Neue Verwaltungsrechtswissenschaft 337 ff.
- Nichtigkeitssatz 242
- Nichtigkeitslehre 242
- Normative Subsidiarität 14, 40, 53, 56–59,  
 177–184
- Normativer Individualismus 6, 121, 290
- Notstand
- entschuldigender 11, 98, 114, 162, 426,  
 448
- polizeilicher 125, 364
- Notwehr 10 f., 13 f., 24, 36, 55–59, 81, 89 ff.,  
 93, 96, 138, 157, 167, 179, 285, 351, 445
- One-right-answer-thesis *siehe* These von der  
 einzig richtigen Entscheidung
- Ordnungsunrecht 75, 88, 129, 132, 210, 428
- Pariser Klimaübereinkommen 403 f., 461
- Pariser Klimaziele *siehe* Pariser Klima-  
 übereinkommen
- Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer  
 funktionsfähigen Strafrechtspflege 263,  
 289
- Pluralismus 6, 156, 221, 224–229, 233,  
 244–248, 252, 297 f., 307, 340, 358, 474 f.
- Polizeiliche Generalklausel 2, 68, 285, 394 f.
- Prozeduraler Grundrechtsschutz *siehe*  
 Grundrechtsschutz durch Verfahren
- Recht auf selbstbestimmtes Sterben 412 f.
- Rechte
- angeborene 124–132, 246 ff., 290, 297,  
 335

- erworbene 124–132, 140 f., 290
- subjektive 94, 106, 126, 138, 140 f., 247, 253, 285, 305, 341, 384, 388, 391, 411 f., 421, 438
- vorstaatliche 131, 164, **246 ff.**
- Rechtsbegriff
  - bei Hegel 96 f., 98, 151 f.
  - bei Kant 95 f., 98, 124 ff., 146, 152
  - bei Kelsen 217
  - bei Radbruch 218 ff.
- Rechtsdurchsetzung 15, 125, 143, 164, 214 f., **253 f.**, 257, 262, 272, 274, 279
- Rechtsdurchsetzungsmonopol 254, 292
- Rechtserzeugungsräume 328
- Rechtsfreier Raum 282, 334, 394
- Rechtsfrieden 13, 29, 66, 86, 185, 197, 208, 261, 276, 279, **311–315, 338–342**, 359, 422, 448, 483
- Rechtsgeltung 105, 185 ff., **194–197**, 216 ff., 218 ff., 249, 271, 287 f., 337
- Rechtsgut
  - der Allgemeinheit *siehe* kollektives Rechtsgut
  - im systemimmanenten Sinne 166 f., 169
  - im systemtranszendenten Sinne 161, 166 f., 169
  - kollektives 10, 12, 25, 28, 31, 33, 36, 37 f., 40 f., 51, 54, 60, 64, 76, 80, 90, 129, 131, **169–173**, 215, 254, 285 f., 434, 436, 452, 454, 480 ff.
  - notstandsfähiges 20, 28, 41, 51, 68, 80, 84, 87 f., 90, 125, **160–173**, 285 f., 378, 397, 401, 407, 410, 420, 422, 436, 443, 480 ff.
  - personale Rechtsgutslehre 28, 166, 172
  - Rechtsgutsbegriff 99, 161, 166
  - Rechtsgutslehre 107 f., 111, 147, 149, 153, 166 f.
  - prozedurales Rechtsgutsverständnis 164 f., 420
- Rechtsmonopol 194, 266
- Rechtsparadigma 360–365
- Rechtspositivismus **216–220**, 222, 246, 305 f.
- Rechtsschutz 28, 30, 33, 48, 50, 54, 64, 75, 83, 182, 253 f., 257, 285, 305, 323, 356, 383, 385 f., 389, 391
- Rechtsschutzmonopol 254, 275
- Rechtssicherheit 54, 63, 84, 147, 208, 211, 218 ff., 227, 243, 248, 297, 307, 338, 340, 384 f., 400, 423, 441, 474
- Relativ mildestes Mittel *siehe* Eingriffsintensität
- Relativismus 110, 147, 152 f., **216–221**, 226, **232–238**, 243 ff., 248, 250 ff., 297 f., 307, 330, 380, 474 f.
- Religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts 153
- Richtervorbehalt 16, 347 ff., 357, 429, 431, 435 f., 450 f., 468, 479
- Schiefe-Bahn-Argument *siehe* Dambruchargument
- Schleier des Nichtwissens 105, 134, 137, 142, 154, 221, 226 f., 234
- Schwangerschaftsabbruch 62, 77–80, 165, 355, 357, 392, **467–472**
- Selbstverpflichtungslehre 269 ff.
- Solidarität 4, 70, 120, **132–145**, 146, 152 ff., 156, 157 ff., 171 f., 189, 205, 290, 362 f., 364 f., 456, 473
- Souveränität 139, 246, **257 f.**, 266, 271, 273 f.
- Spezialitätsgrundsatz 80, 130, 201 ff., 409
- Staatliche Schutzpflicht 15, 76, 88, 90, 103, 119, 255 ff., 271, 276 f., 284 ff., 290, 345 f., 352 ff., 446, 481
- Staatliches Gewaltmonopol 12, 14, 27 f., 30, 57 ff., 68, 76, 80 f., 84 ff., 88, 136, 177 ff., 180, 209 ff., **252–292**, 296 ff., 312–315, 318, 335, 338 f., 342, 356, 359, 402, 422, 440, 449, 472, 473 f., 476, 483
- Staatsnotstand 80 ff., 291, **442–445**
- Status activus processualis 343 f.
- Status civilis 1, 5
- Status naturalis 1 f., 14, 213, 277, 279
- Steuerungsdiskussion 316–320, 329, 336 ff., 338–342
- Steuerungskraft des Gesetzes *siehe* Steuerungsdiskussion
- Steuerungskepsis *siehe* Steuerungsdiskussion
- Systemtheorie 318 f., 321, 329, 339
- These von der einzig richtigen Entscheidung **305 ff.**, 310, 314, 317 ff., 321, 373 f.

- Tierschutzaktivismus 1, **25–30**, 85, 111, 175 ff., 183, 193, 255, 263, 278 ff., 263, 355 f., 407, **436–440**, 445, 452, 470
- Treibhausgas 460 ff.
- Triage 105 f., 353, 355 f., 463 f.
- Trittbrettfahrer 137, 141 ff.
- Übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund 81, 107 f., 115 f., 158 f., 173, 195, 394
- Umweltaktivismus 30–33, 414–417
- Unbestimmter Rechtsbegriff 320, 327 ff., 334, 373 f., 385, 395, 398, 437 f., 447, 477
- Unschuldsvermutung 424–427
- Ursprünglicher Gesamtbesitz 124–127
- Utilitarismus 98, **101–117**, 122, 127, 130 f., 134, 140, 144 ff., 152 ff., 156, 172, 473
- Verfahrensbegriff 5, 184, **300–303**, 367
- Verfassungstheorie **287–291**
- Verfassungsvoraussetzung 260 f., 268–272, 280, **287 ff.**
- Vernichtbarkeitslehre 242
- Verteilungsverfahren 114, 347, 354, 410, 430, 432, **453–467**
- Verwaltungsakzessorietät 45, 75, 374, 378
- Verwaltungsungehorsam 46 f., 210, 358, 428
- Volkssouveränität 230
- Vollstreckungsmonopol 254, 292
- Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes 28, 209, 211, 243, 319
- Werterelativismus *siehe* Relativismus
- Wesentliches Überwiegen 24, 42, 65, 87, 101, 106, 135, 145, 153, 154 f., 157 ff., **188 ff.**, 196 ff.
- Wesentlichkeitskriterium *siehe* wesentliches Überwiegen
- Wirklichkeitskonstruktion 322, 339
- Wissensgenerierung im Verfahren **321 ff.**, 328, 415
- Ziviler Ungehorsam 29, 32, 63–69, **249–252**, 262 f., **400–406**, 407, 465
- Zwecktheorie 99, 162, 186 f.

## Personenregister

Fettgedruckte Ziffern verweisen auf vertiefte Ausführungen zu Thesen der jeweiligen Person.

- Alexy, Robert 146, 301  
Appel, Ivo 328
- Bentham, Jeremy **102 f.**, 127, 145  
v. Bismarck, Otto 123  
Bockelmann, Paul 18 f.  
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 240, 260, 394  
Bodin, Jean **257 ff.**, 266, 273, 275
- Coca-Vila, Ivó 164
- Dahl, Robert A. 238  
Dencker, Friedrich 173 f., 446  
Deppenheuer, Otto 121 f.  
Di Fabio, Udo 413  
Dietlein, Johannes 29, 356  
Dworkin, Ronald 305 ff.
- Engländer, Armin 58, 135, 148, 181
- v. Feuerbach, Anselm 178  
Fichte, Johann Gottlieb 114 f., 281 f.  
Fletcher, George P. 173  
Frister, Helmut 161 f.
- Gallas, Wilhelm 116  
Goldschmidt, James 300  
Greco, Luís 60, **128–132**, 136, 140
- Häberle, Peter 231, 343 f.  
Habermas, Jürgen 143, 235 ff., **360–365**  
Harel, Alon 181, 292–296  
Hart, H. L. A. 306  
Hecker, Bernd 28  
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 94, **96 ff.**,  
**116–124**, 127, 143, 145, 149–156, 245, 290,  
340, 364
- Helmers, Gunnar **124–128**, 132, 136, 140,  
145 f., 153, 247 f.  
v. Hippel, Reinhard 50  
Hobbes, Thomas 1, 7, **212–216**, 257–260,  
266, 273, 275, 278, 286, 298, 335  
Hoffmann, Roland 301  
Hoyer, Andreas 87  
Hubmann, Heinrich 190
- Isensee, Josef 256, 268, 289
- Jahn, Matthias 81 f., 443 f.  
Jakobs, Günther 71, 81, 173, 204  
Jellinek, Georg 259, 269, 247  
Jestaedt, Matthias 287
- Kant, Immanuel **94–98**, 116 f., 124–128,  
127, 133, 138 f., 143, 145 f., 149–156, 245,  
290, 362, 473  
Keller, Rainer 164 f.  
Kelsen, Hans **216 f.**, 226 f., 229 f., 247, 259,  
266, 269, 273, 306, 310, 321, 371  
Kersting, Wolfgang 228  
Köhler, Michael 124  
Krüger, Matthias 24 f.
- Landau, Herbert 263, 289  
Lenckner, Theodor **98–101**, 161 ff., 168, 189  
Lepsius, Oliver 331  
Lesch, Heiko 14 f., 40  
v. Liszt, Franz 107, 110, 161  
Locke, John 126, 131, **212–216**, 245–248,  
298, 335  
Luhmann, Niklas 301, 313
- Martin, Shaun P. 109  
Merten, Detlef 256, 262, 281

- Meyer, Frank 146  
Möhrenschlager, Manfred 52  
Möllers, Christoph 275  
Murswiek, Dieter 289
- Neumann, Ulfrid 163 f., 168  
Nozick, Robert **212–216**, 298, 335
- Pawlik, Michael 60, 71, **116–124**, 126, 130,  
132, 140 f., 145 f., 152 f., 155, 164 f., 172,  
309, 396, 364 f., 441  
Peters, Karl-Hugo 61  
Poscher, Ralf 352 ff.
- Radbruch, Gustav 216, **218–221**, 222 f.,  
226 f., 229, 233, 235 f., 245, 249, 269  
Rawls, John 64, 104 f., 114, 134 f., 137, 140,  
142, 145, 216, **221–229**, 234 ff., 245 f., 249,  
280, 342  
Reimer, Philipp 301  
Rengier, Rudolf 86
- Renzikowski, Joachim 29  
Röhl, Klaus F. 301  
Rorty, Richard 227  
Rousseau, Jean-Jaques 234  
Roxin, Claus 16 f., 62 f., 109, 236, 380, 408
- Satzger, Helmut 78  
Schmidhäuser, Eberhard 281, 311–315,  
338  
Schmidt-Aßmann, Eberhard 299, 303  
Schmitt, Carl 270, 278, 283  
Schroeder, Friedrich-Christian 12, 446  
Schünemann, Wolfgang B. 263, 279  
Seelmann, Kurt 61  
Sengbusch, René 179 ff.
- Voßkuhle, Andreas 455
- Wahl, Rainer 316  
Warda, Günther 202  
Weber, Max 255, 259, 264 f., 267, 273